

### 347. DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO

Es común que en la doctrina y en la normatividad interna de muchos países el denominado derecho al medio ambiente o derecho al ambiente sea descrito y precisado como un *derecho humano*. Bajo esta tesis, se ha considerado (aunque no de manera unánime) que el derecho al ambiente pertenece a los derechos de solidaridad o de la tercera generación, tales como el derecho al desarrollo, la paz, o la libre determinación de los pueblos. Esto permite distinguirlos de los derechos civiles y políticos (de la primera generación) y de los derechos económicos, sociales y culturales (de la segunda generación).

Los autores que apoyan el planteamiento de que se trata de un derecho de tercera generación habrían de coincidir en que este tipo de derechos, a diferencia de los de primera y segunda generación, establecen al mismo tiempo deberes estatales positivos (de hacer) y a la vez negativos (de no hacer). Esto significa que el Estado deberá, por ejemplo, mejorar, restaurar o lograr la conservación del ambiente, y evitar su deterioro y contaminación; asegurar que sus titulares puedan ejercer este derecho (legitimación procesal), ya sea como acción ambiental individual, o bien como acción colectiva; establecer normas procesales e instancias jurisdiccionales para garantizar su cumplimiento; delimitar la responsabilidad subjetiva y objetiva por daño ambiental, etcétera.

En toda discusión relativa al reconocimiento de un derecho al ambiente subsisten, entre otras, tres ideas para un análisis jurídico: *i*) el ambiente como objeto de protección; *ii*) la titularidad y la legitimación procesal, y *iii*) las garantías procesales para el cumplimiento efectivo del derecho. Respecto a la primera, como no existe una definición única o universal sobre el concepto de ambiente, es muy complejo delimitar el significado del bien que se pretende tutelar. ¿Están incluidos todos los componentes esenciales de la noción ambiente, es decir, seres humanos, medio natural, medio construido y las relaciones de interdependencia recíproca que hay entre ellos? Aunque en un principio se ha señalado que el bien jurídico tutelado (el ambiente) se refiere a la salud, el bienestar, la calidad de vida, el desarrollo de la personas, entre otros, es claro que tanto la naturaleza como el medio artificial los condicionan, por lo que estos deberán protegerse para que el derecho al ambiente tenga sentido. Precisar o acotar el contenido de lo que es el bienestar o la calidad de vida, así como lo que abarcan los medios natural y construido, es tarea de quienes inciden en la elaboración de la normatividad respectiva. En esta labor debe tomarse en cuenta que existen bienes jurídicos conexos (si bien independientes) a lo ambiental, lo que supone que el derecho al ambiente está vinculado a otros derechos (reconocidos constitucionalmente o no), como el derecho a la salud, el derecho al desarrollo sustentable, el derecho al agua, el derecho a la atmósfera, el derecho al patrimonio cultural, etcétera. Además, se discute si los calificativos frecuentemente asignados al ambiente son los idóneos: sano, saludable, adecuado o equilibrado. Lo anterior, porque se ha criticado que todos ellos son muy ambiguos; sin embargo, hay que señalar que precisamente su inherente flexibilidad permite que este derecho pueda adaptarse o expandirse bajo los principios ambientales de equidad intergeneracional e intrageneracional. El ambiente, cualquiera que sea su adjetivo, beneficia a *todos*, y de aquí su característica colectiva.

En relación con la segunda idea, se debaten dos cuestiones muy puntuales: por un lado, si la titularidad del derecho es individual o colectiva, y por el otro, si la potestad legal para acudir a las instancias jurisdiccionales competentes (legitimación procesal) es exclusiva de la persona física o jurídica que ha sufrido (o podría sufrir) el agravio de manera personal y concreta, por lo que se requiera acreditar un interés directo (derecho subjetivo en sentido clásico), o bien de una persona en donde el agravio no haya sido como el mencionado con antelación y solo tenga un interés legítimo o un interés difuso (afectación a la esfera jurídica de la persona por su especial situación frente al orden jurídico). En la primera cuestión se debe aceptar que la titularidad del derecho al ambiente es individual: se trata de un derecho subjetivo, de un derecho humano, de un derecho de las personas (el bien protegido es individual). Al mismo tiempo debe admitirse que la titularidad es colectiva: se trata de un grupo de personas, de una colectividad, de una clase de individuos (el bien tutelado corresponde a todos, es decir, es un bien colectivo). En la segunda cuestión se acepta que cualquier persona, grupo de personas, comunidades y pueblos está(n) legitimado(s) para presentar acciones ambientales individuales o colectivas (según corresponda) que tengan interés directo o difuso.

En la tercera idea jurídica se plantea que no es suficiente que el derecho al ambiente se mencione en preceptos constitucionales y/o en textos legales sustantivos, sino que existan disposiciones jurídicas procesales que permitan su cumplimiento. Esto supone dos cosas a la vez. En primer lugar, que se elaboren normas en las que se otorgue a la(s) persona(s) agraviada(s), por interés directo o difuso, medidas tanto de prevención para evitar posibles daños ambientales como de reparación o resarcimiento en caso de que se hubiere actualizado el daño o afectación respectivos. Así, la prevención y la reparación vinculadas al bien jurídico tutelado podrán ser individuales o colectivas. En segundo lugar, es imprescindible que existan las instancias jurisdiccionales competentes donde se ventilen las controversias que se pudieran suscitar por la violación de este derecho. El legal y efectivo cumplimiento del derecho al ambiente puede substanciarse ante instituciones u órganos del Poder Ejecutivo (las autoridades que emiten actos de autoridad y tribunales administrativos), o del Poder Judicial (juzgados, tribunales y cortes). Aunque algunos tribunales (administrativos y judiciales) cuentan con salas o jurisdicciones especiales en materia ambiental, debería generalizarse la existencia de tribunales ambientales.

Por último, hay que señalar que la postura claramente antropocéntrica de caracterizar el derecho al ambiente como un derecho humano, ha excluido la posibilidad de que se reconozca que la naturaleza —representada en su conjunto tanto por la comunidad biótica (árboles, plantas, animales, microbios) como por los factores abióticos que la determinan (elementos químicos y físicos como el agua, la temperatura, el suelo) y que configuran los ecosistemas— también puede ser considerada como titular o sujeto de este derecho. Son pocos los ejemplos de juristas que discuten y que eventualmente están a favor de asignar derechos a la naturaleza, y menos aun los casos de textos constitucionales y legales que así lo determinan (excepcionalmente, en América Latina, la Constitución del Ecuador destina todo un capítulo, el séptimo, a desarrollar explícitamente el tema de “los derechos de la na-

turaleza”). Asimismo, existe resistencia doctrinal y normativa para que se reconozcan derechos al medio construido, representado por las obras realizadas por los humanos (el patrimonio cultural, tangible e intangible) y que forma parte, al igual que la naturaleza, de la noción ambiente. Si existe un desarrollo paralelo y conveniente de un ordenamiento jurídico de protección de los medios natural y construido, no se debe a que se les haya reconocido derechos, sino a que tal protección acarrea beneficios directos e indirectos a los seres humanos y, en última instancia, a que facilita el poder ejercer el derecho al ambiente.

En síntesis, desde el punto de vista jurídico, el derecho al ambiente es simultáneamente un derecho individual y colectivo, que genera deberes de acción y de abstención del Estado. Es un derecho que complementa, pero que a su vez se complementa con otros derechos. Su constitucionalización debe generalizarse en todos los países del mundo.

*César Nava Escudero*

### 348. DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

I. EL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. La evidente interrelación entre la protección del medio ambiente y protección de los derechos humanos tiene una resonancia significativa dentro de los consolidados sistemas de protección supranacional de los derechos humanos.

El texto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), en su formulación original, no contenía previsiones expresamente dedicadas a la protección del medio ambiente y a este vacío normativo se ha tratado en varias ocasiones de poner remedio a través del intento para promover la integración del CEDH con las disposiciones específicas en materia de protección del medio ambiente (véase la Recomendación 1885 —2009— de la Asamblea Parlamentaria).

Sin embargo, tales impulsos no han prosperado y, hasta el momento, si el medio ambiente se ha convertido en una condición imprescindible y funcional para la garantía de la efectividad de la tutela de los derechos humanos, aun no habiéndosele reconocido la naturaleza de derecho autónomo, ello se debe a la jurisprudencia del TEDH.

El Tribunal de Estrasburgo, de hecho, al interpretar las disposiciones del Convenio como un “instrumento vivo” que debe adaptarse según las contingencias, ha realizado una actualización del Convenio que muestra un creciente interés por los requisitos de protección del medio ambiente, que le lleva a caracterizar al medio ambiente como un auténtico valor que puede llegar a afectar al ejercicio de los derechos expresamente garantizados.

No obstante, no es fácil encontrar una línea evolutiva unitaria que describa este proceso, ya que, en concreto, la protección del medio ambiente se ha ido articulando en diferentes modalidades, que han sucedido a lo largo de un periodo de tiempo bastante prolongado y no exento de obstáculos. No es sino a partir de los primeros años ochenta cuando se empezó a percibir que las condiciones ambientales nocivas podían de alguna manera interferir con el goce efectivo de los derechos protegidos por el Convenio y se comenzaron a admitir los primeros recursos sobre la materia; por ejemplo, los casos *Arondelle*

*c. Reino Unido*, núm. 7889/77, del 15 de julio de 1980; *Powell e Rayner c. Reino Unido*, núm. 9310/81, del 16 de julio de 1986 (STEDH del 21 de febrero de 1990); *Zander c. Suecia*, núm. 14282/88, del 14 de octubre de 1992 (STEDH del 25 de noviembre de 1993).

En concreto, el alcance de la protección del medio ambiente en el marco del CEDH se ha producido tanto a través del reconocimiento de la legitimidad de las restricciones al ejercicio de determinados derechos adoptadas, con el fin de preservar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje, como a través de una elaboración interpretativa de obligaciones positivas de naturaleza material y procesal en materia medioambiental, funcionales al efectivo goce de determinados derechos individuales tutelados de manera expresa por el CEDH.

Con respecto al primer punto, la jurisprudencia del Tribunal europeo se ha orientado prevalentemente hacia el margen de apreciación de los Estados para los supuestos en que la injerencia en el ejercicio de algunos derechos expresamente garantizados se hiciera necesaria y fuera funcional para la satisfacción de las exigencias de protección del medio ambiente.

Exigencias estas definidas como “objetivos principales de la sociedad contemporánea”, ya que “la preservación de la naturaleza y de los bosques y, en general, la del medio ambiente constituye un valor cuya defensa suscita en la opinión pública, y en consecuencia en las autoridades públicas, un interés consolidado y dotado de especial relevancia”; en este sentido, se encuentran los casos *Koktepe c. Turquía*, núm. 35785/03, del 22 de julio de 2008; *Muriel Herrick c. Reino Unido*, núm. 11185/84, del 11 de marzo de 1985; *Gillow c. Reino Unido*, núm. 9063/80, del 23 de octubre de 1986; *Fredin c. Suecia*, núm. 12033/86, del 18 de febrero de 1991; *Pine Valley c. Irlanda*, núm. 12742/87, del 29 de noviembre de 1991; *Photos Photiades Ltd c. Chipre*, núm. 41113/98, del 21 de octubre de 1998; *Cooperativa la Laurentina c. Italia*, núm. 23529/94, del 2 de febrero de 2001; *Depalle c. Francia, Gran Sala*, núm. 34044/02, del 29 de marzo de 2010; *Dés c. Hungría*, núm. 2345/06, del 9 de noviembre de 2010, y *Varfis c. Grecia*, núm. 40409/08, del 19 de julio de 2011).

Con referencia al segundo aspecto mencionado anteriormente, aquel relativo a la aparición de la protección del medio ambiente como parte de los derechos individuales incluidos en el CEDH, se puede detectar la presencia de una rica jurisprudencia con la que se ha enlazado la protección del medio ambiente, entendido como un derecho a vivir en un ambiente sano y saludable, al tenor del texto de algunos derechos expresamente reconocidos.

En este contexto, sin embargo, conviene precisar que el concepto de protección del medio ambiente viene definido en sus límites teniendo en consideración el papel subsidiario del Tribunal Europeo y el requisito de la cualidad de víctima del sujeto demandante.

De hecho, cuando la violación del derecho al medio ambiente se ha concretado definitivamente en el nivel nacional, es necesario que previamente se busquen todos los posibles remedios internos y la parte recurrente debe probar no solo de estar personal y directamente afectado por los efectos de una acción u omisión de las autoridades estatales y con potencial repercusión en la calidad medioambiental, sino también que los efectos adversos y perjudiciales sufridos alcancen un nivel mínimo de gravedad (*Fadeyeva c. Rusia*, núm. 55723/00, del 9 de junio de 2005).

Una posible catalogación de las modalidades con las que el Tribunal ha permitido una tutela efectiva del medio ambiente puede realizarse también distinguiendo entre las medidas de protección que ponen el punto en derechos expresamente reconocidos de naturaleza sustantiva, o bien mediante la referencia a derechos con un eminente carácter procesal.

A su vez, los *derechos sustantivos* protegidos por el CEDH se pueden articular en *derechos primarios* y *derechos condicionales*. Los primeros son el derecho a la vida del art. 2o. y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del art. 3o.; sobre la base de estas disposiciones, la jurisprudencia que ha permitido proceder a la tutela medioambiental, aunque no muy abundante, es muy significativa.

En relación con el art. 2o., que no solo cubre los casos de violación del derecho a la vida derivada de un comportamiento directo del Estado, sino que también integra los supuestos en que el Estado no ha tomado las medidas necesarias y razonables para prevenirla, para ello véanse los casos *Oneriyildiz c. Turquía*, núm. 48939/99, del 30 de noviembre de 2004, y *L. C. B. c. Reino Unido*, núm. 23413/94, del 9 de junio de 1998; mientras que en relación con el art. 3o., son muy significativas las argumentaciones realizadas en la decisión de *López Ostra c. España, Gran Sala*, núm. 16798/90, del 9 de diciembre de 1994, en la que se determinó que el vivir en un ambiente contaminado y, por tanto, perjudicial para la salud humana podría, en abstracto, cuando se alcanzara un cierto grado de gravedad y se sobrepasara un límite de tolerancia, conllevar la violación de esta disposición.

Los derechos condicionales, en cambio, son aquellos que pueden tutelarse de manera directa (por ejemplo, el art. 8o. en relación con la protección del derecho al respeto de la vida privada y familiar) o subsiguiente (art. 1o. del Protocolo núm. 1).

La disposición del Convenio sobre la base de la cual ha sido acogida la mayor parte de las decisiones en materia medioambiental es sin duda el art. 8o. del CEDH, invocado con frecuencia en casos de contaminación ambiental, al considerarla lesiva del derecho a vivir en un ambiente sano y saludable, y que vulnera el derecho a que sea respetada la propia esfera privada y el disfrute íntimo de esta (*Powell y Rayner c. Reino Unido; López Ostra c. España; Guerra et al. c. Italia, Gran Sala*, núm. 14967/89, del 12 de febrero de 1998; *C. Hatton et al. c. Reino Unido, Gran Sala*, núm. 36022/97, del 8 de julio de 2003; *Moreno Gómez c. España*, núm. 4143/02, del 16 de noviembre de 2004; *Tanskın y c. Turquía*, núm. 46117/99, del 10 de noviembre de 2004; *Giacomelli c. Italia*, núm. 59909/00, del 2 de noviembre de 2006; *Fadeyeva c. Rusia; Fagerskiold c. Suecia*, núm. 37664/04, del 26 de febrero de 2008; *Tatar c. Rumanía*, núm. 67021/01, del 27 de enero de 2009; *Dees c. Hungría*, y *Apanasewicz c. Polonia*, núm. 854/07, del 5 de marzo de 2011). Tal disposición viene invocada, o bien porque la contaminación haya sido causada directamente por el Estado, ya sea porque la responsabilidad de este último se derive de la falta de una regulación adecuada del sector privado (en particular *Tatar c. Rumanía; Budayeva et al. c. Rusia*, núms. 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, del 20 de marzo de 2008).

Aunque en menor medida que el art. 8o. del CEDH, también el art. 1o. del Primer Protocolo Adicional al CEDH ha sido utilizado por los jueces de Estrasburgo para decidir una serie de casos en los que fuera evidente la necesidad de proteger el medio ambiente.

Esta disposición, sobre la protección de los bienes y de la propiedad, reconoce a las autoridades públicas el poder de regular el uso de la propiedad privada, justificando en su caso la aplicación de restricciones al ejercicio de los derechos de propiedad en razón a la búsqueda de un interés general superior (*Fredin c. Suecia*; *Zander c. Suecia*; *Taskin c. Turquía*; *Pine Valley c. Irlanda*; *Oneryildiz c. Turquía* y, más recientemente, el caso *Fix c. Grecia*, núm. 1001/09, del 12 de julio de 2011).

Además, de forma residual, también el art. 10 del CEDH, relativo a la libertad de expresión, ha sido un punto de apoyo normativo para obtener otras formas de protección del medio ambiente: el Tribunal sostuvo que existe un interés general para permitir a la comunidad contribuir al debate público sobre temas de interés general y esto, sin duda, se ha reflejado también en materia medioambiental (*Steel et Morris c. Reino Unido*, núm. 68416/01, del 15 de febrero de 2005).

Los derechos que tienen un carácter eminentemente procesal, sin embargo, permiten buscar la tutela medioambiental de manera subordinada: el *valor ambiente* también encuentra protección, aun cuando la parte demandante no haya podido disfrutar de un proceso equitativo en el propio ordenamiento (art. 6o. del CEDH) o haya sido violado su derecho a un recurso efectivo (art. 13 del CEDH). Se trata de hipótesis residuales respecto a las descritas anteriormente, y frecuentemente las normas procesales no representan el único parámetro positivo de que se sirve el Tribunal; sin embargo, es significativa la referencia a tales disposiciones, ya que parece indicativo del proceso de “maduración” de la “conciencia ambiental” que está asumiendo el Tribunal (en relación con el art. 6o., se encuentran los casos de *Fix c. Grecia*; *Apanasewicz c. Polonia*; *Giacomelli c. Italia*; *Okuy et al. c. Turquía*, núm. 36220/97, del 12 de julio de 2005; *Kyrtatos c. Grecia*, núm. 41666/98, del 22 de agosto de 2003; *Ünver c. Turquía*, núm. 6209/97, del 26 de septiembre de 2000; *Athanassoglou et al. c. Suiza*, núm. 27644/95, del 6 de abril de 2000; *Balmer-Shafroth et al. c. Suiza*, núm. 22110/93, del 26 de agosto de 1997; *Zander c. Suecia*; *Taskin et al. c. Turquía*; mientras que en relación con el art. 13, tenemos a los casos de *Dactylidi c. Grecia*, núm. 52903/99, del 27 de marzo de 2003; *Hatton et al. c. Reino Unido*; *Fix c. Grecia*).

Finalmente, en un caso particular —*Mangouras c. España, Gran Sala*, núm. 12050/04, del 28 de septiembre de 2010— se ha protegido indirectamente el medio ambiente reconociendo también la inaplicabilidad del art. 5o. del CEDH.

De este, aunque breve, análisis jurisprudencial hasta aquí descrito, se evidencia que la protección del medio ambiente, aun no teniendo un papel autónomo en el ordenamiento del Convenio, se ha consolidado como un nuevo valor que puede contribuir a un equilibrio más equitativo entre el ejercicio de los derechos expresamente reconocidos en el Convenio y el principio general de respeto al individuo al que está consagrado todo el sistema de garantías del CEDH.

En cambio, no hay duda de que la protección “indirecta”, y meramente pretoria, del medio ambiente es insuficiente, sobre todo si se compara el sistema del CEDH con el de la UE, donde el medio ambiente está sujeto a protección específica, aunque no en términos absolutos, tanto en los tratados como en el derecho derivado.

II. EL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA. El desarrollo de la protección del medio ambiente en el contexto de las Comunidades Europeas antes, y de la Unión Europea después, fue el resultado de un proceso gradual, que ha evolucionado a nivel normativo y jurisprudencial en paralelo con el proceso de surgimiento de las necesidades de protección del medio ambiente y de la garantía de un desarrollo sostenible que han tomado auge hace relativamente poco en el debate nacional e internacional.

Hasta el Acta Única Europea de 1987 —que añadió al Tratado de Roma un título concreto dedicado al medio ambiente (los antiguos arts. 130 R, 130 S y 130 T, hoy Título XX del TFUE)— a las Comunidades Europeas no se le habían asignado una competencia específica en materia de medio ambiente.

Así, si bien el medio ambiente carecía de una concreta base jurídica que permitiera su protección directa, comenzó a ser protegido indirectamente a través de una particular lectura abierta de los arts. 115 (*ex* 100 TCE) y 352 (*ex* 235 TCE) del TFUE acerca de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros y de los llamados poderes implícitos. En esa fase de la historia fue esencial la contribución del Tribunal de Justicia en la definición de un derecho ambiental europeo (STJCE del 18 de marzo de 1980, *Comisión c. Italia*, C-92/79; STJCE del 7 de febrero de 1985, *Fiscal de la República c. ADBHU*, C-240/83).

Fue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que asentó las bases para la disciplina normativa posterior, al afirmar que la protección del medio ambiente debía ser considerada como uno de los objetivos esenciales de la Comunidad, y como tal, con la posibilidad —de manera derogatoria y, por tanto, como excepción— de limitar también algunas libertades previstas en los Tratados (Asunto C-240/83; STJCE del 20 de septiembre de 1988, *Comisión c. Dinamarca*, C-302/86; STJUE del 29 de abril de 1999, *The Queen c. Secretary of State for the Environment y Ministry of Agriculture, Fisheries and Food et al.*, C-293/97).

Tras la entrada en vigor del Acta Única Europea, se abrió una nueva etapa en la protección medioambiental en Europa, ya que su protección se convirtió en un objetivo fundamental de la CE para ser valorado en la realización del mercado interior y también reconocido a nivel normativo.

Esta fase se consolidó con la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992 y con el posterior Tratado de Ámsterdam en 1997: las acciones en materia medioambiental se convirtieron a todos los efectos en una de las políticas de la Comunidad Europea y se fortaleció la importancia atribuida a los principios fundamentales de la política comunitaria de medio ambiente, ampliando así su catálogo.

En virtud del antiguo art. 130 R del Tratado de la CE (actualmente, art. 191, párrafo 2, del TFUE), la política medioambiental de la Unión, aun teniendo en cuenta las especificidades de los diferentes Estados miembros, apunta hacia un elevado nivel de protección y se basa “en el principio de precaución, acción preventiva, en el principio de corrección, preferentemente en el origen, de los daños causados en el medio ambiente, así como en el principio de «quien contamina paga»”.

De suma importancia es, pues, el principio de subsidiariedad (art. 5o. del TUE): principio inherente al ejercicio de las competencias normativas euro-

peas, destinado inicialmente solo a las cuestiones medioambientales, y luego extendido a todos los sectores de competencia no exclusiva de la UE.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque no prevé el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente sano y saludable, se ocupa de la protección del medio ambiente al invocar explícitamente algunos principios y dedicando al medio ambiente una disposición específica, el art. 37, que establece que “las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

La redacción de esta disposición es importante, porque establece claramente lo que ha venido sosteniendo una copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia: confirma la importancia de los principios y confirma que el derecho a la protección del medio ambiente se configura como un derecho cuya garantía completa solo puede lograrse actuando sobre todas las políticas de la UE (incluso —si no sobre todo— las no “ambientales”, art. 11 del TFUE), y adaptándolo a las exigencias del desarrollo económico.

La última etapa decisiva del desarrollo del derecho ambiental europeo es la fase siguiente a la entrada en vigor en 2009 del Tratado de Lisboa, que ha rediseñado la estructura de las fuentes del derecho europeo, dando a la Carta de Derechos la misma fuerza jurídica de los tratados. Esta previsión ha formalizado la centralidad de los derechos fundamentales en el contexto de la UE y ha revelado las profundas conexiones entre la Carta y el CEDH (sobre este punto, tenemos a la STJUE del 19 de enero de 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07).

Este Tratado refuerza además el principio de desarrollo sostenible mediante la ampliación de su ámbito de aplicación (art. 3o., párrafo 3, del TUE), e insiste en la necesidad de adoptar políticas y herramientas funcionales de concertación para preservar y mejorar la calidad del medio ambiente y la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales (art. 21, párrafo 2, del TFUE).

Las disposiciones de los tratados relativas al medio ambiente han dado lugar a una rica producción normativa específica con incidencia en diversos ámbitos y con previsión de una variedad de instrumentos para diferentes modos de intervención. Hoy, por tanto, las políticas medioambientales europeas inciden especialmente: *a*) en el sector ecológico (disciplina contra la contaminación atmosférica, climática, del agua, acústica y de los residuos y basuras); *b*) en el paisaje y las zonas protegidas; *c*) en áreas relacionadas con los procedimientos, tales como la evaluación de impacto ambiental, la evaluación ambiental estratégica y la autorización ambiental integrada; *d*) en la responsabilidad por daños al medio ambiente, y *e*) en garantizar el acceso a la información medioambiental.

Como ya se dijo, la evolución del derecho positivo europeo en materia medioambiental se ha movido en paralelo con la acción del Tribunal de Justicia, al que se le debe el mérito de haber desempeñado un papel determinante en el fomento de las instituciones europeas, interpretando en sentido amplio, y tendente a la protección del medio ambiente, las disposiciones normativas y definiendo el alcance de la aplicación de los principios europeos, incluso los no referidos exclusivamente al medio ambiente.

Hay que recordar, en cualquier caso, que en el contexto de la Unión Europea las exigencias para la protección del medio ambiente no se plantean

como un valor absoluto idóneo en sí mismo que deba prevalecer sobre los demás principios y libertades garantizados por los tratados. Aquellas exigencias, sin embargo, parecen connotar un valor específico que les confiere un mayor grado de aplicabilidad respecto de otros intereses.

Cuando se trata de equilibrar las necesidades de protección del medio ambiente con la libertad igualmente protegida, el Tribunal de Justicia procede con estricto control: se permite la restricción de ciertas libertades económicas solo si la intervención estatal satisface razones imperiosas de interés público; si no comporta discriminación alguna; si es adecuado para garantizar la realización del objetivo perseguido, y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo (en este sentido, tenemos a la STJUE del 20 de septiembre de 2007, *Comisión c. Países Bajos*, C-297/05).

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia un claro signo de la progresiva imposición de vínculos medioambientales se encuentra en la interpretación del principio de integración, que ha permitido importantes excepciones a la libre circulación de mercancías, incluso en relación con la interpretación de otros principios, cuya operatividad ha sido aclarada, tales como el principio de precaución, el principio de subsidiariedad, el principio de precaución, el principio de “quien contamina paga” y el principio de corrección en el origen de los daños ambientales. Consideraciones similares pueden llevarse a cabo en relación con la interpretación de las normas sobre ayudas estatales, así como en relación con el ajuste de los contratos públicos a las necesidades de protección del medio ambiente.

Hay que señalar, por último, que el enfoque de las cuestiones medioambientales que se observa por parte Tribunal de Estrasburgo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con situaciones medioambientales similares, se presenta a menudo como sustancialmente diferente (emblemática, en este sentido, es la jurisprudencia sobre el derecho a vivir en un medio ambiente sano y saludable, y el tratamiento de basura, de acuerdo a la STEDH del 10 de enero de 2012, *di Sarno et al c. Italia*, núm. 30765/08, y a la STJUE del 20 de marzo de 2010, *Comisión c. Italia*, C-297/08).

*Caterina Drigo*

### 349. DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO (JURISPRUDENCIA ITALIANA)

La expresión “medio ambiente” tiene un valor polisémico con lo que resulta complicada la determinación de sus contornos definitorios; dificultad conceptual que se trasluce incluso en la calificación jurídica del “derecho al medio ambiente”, que surge como expresión de la progresiva “toma de conciencia” acerca del potencial carácter destructivo que resulta como consecuencia de diversas actividades relacionadas con el desarrollo económico y tecnológico, y que se ha venido regulando en varios ordenamientos jurídicos, con especial incidencia en los ámbitos internacional y europeo, lo que lo ha convertido en uno de los llamados “nuevos derechos” más discutidos en la doctrina y la jurisprudencia.

Como consecuencia del silencio originario de la Constitución italiana, durante mucho tiempo la protección del medio ambiente ha recaído en la jurisprudencia, cuyo papel en la definición del medio ambiente como valor constitucionalmente significativo no puede entenderse adecuadamente sin te-

ner en cuenta de forma paralela el desarrollo del derecho comunitario al respecto. De hecho, no ha sido sino hasta con la L. Const. 3 de 2001 que reformó el título V de la parte II de la Constitución, cuando se incluye en el art. 117 de la Constitución los términos “medio ambiente” y “ecosistema”, aunque sin especificar ninguna definición “jurídica”.

La introducción, aun a nivel constitucional, del concepto de “medio ambiente” ha creado el problema (en cierto modo, nuevo) de su relación con el concepto de “paisaje”: relación que no es aclarada expresamente por ninguna disposición constitucional, si bien ha sido tratada por la jurisprudencia (véase la sentencia 1029 de 1988 por la que la Corte Constitucional ha evidenciado el vínculo entre el medio ambiente y la protección del paisaje, concebido con una visión amplia, “basado principalmente en los intereses ecológicos y por lo tanto en la protección del medio ambiente como un bien unitario, aunque compuesto de muchos aspectos para la vida natural y humana”).

Si, originalmente, la Constitución italiana solo mencionaba el concepto de “paisaje” (art. 9o. de la Constitución), la tendencia predominante en los últimos años parece haber sido la de una progresiva “atracción” de la protección del medio ambiente hacia el ámbito de la salvaguardia del paisaje, lo que ha marcado la evolución del paisaje de una concepción meramente “estética visual” a una más moderna y elaborada consideración del paisaje como un “valor primario” y “absoluto” (*ex plurimis*, Corte Constitucional sents. 183 y 182 de 2006), que debe entenderse como “la morfología del territorio” que incluye “el medio ambiente en su aspecto visual” (sent. 272 de 2009).

Así, el concepto de paisaje, en ciertos aspectos, coincide con el de territorio y, en otros, con el de medio ambiente, sin que entre, en cambio, por completo en ninguno de los dos (*cf.* Corte Constitucional sent. 367 de 2007).

El derecho al medio ambiente, además de las referencias presentes en el texto constitucional y de la interpretación ofrecida por la rica jurisprudencia, especialmente del juez constitucional, encuentra un importante ámbito de regulación en la legislación ordinaria, en particular en el Decreto Legislativo 152/2006 (el llamado Código del Medio Ambiente), que, por lo demás, recoge multitud de normativa europea. De este texto es posible extraer también una definición “jurídica” del medio ambiente, incluso indirectamente, mediante la definición de “impacto ambiental” contenido en el art. 5o., párrafo 1, letra c, del D. leg. 152/2006.

Como ya se ha señalado, la jurisprudencia constitucional y, aun antes la ordinaria, había concedido un reconocimiento específico al derecho al medio ambiente mediante los parámetros de los arts. 2o., 9o., 32, 41 y 42 de la Constitución. Ya a finales de la década de los setenta, de hecho, la Corte Suprema de Casación, en las sentencias 1463 y 5172 de 1979, ha hecho derivar del art. 32 de la Constitución un derecho a vivir en un ambiente sano, y la Corte Constitucional, con las sents. 88 y 101 de 1979, y 391 de 1989, ha entendido que el “derecho a un ambiente saludable” tiene plena operatividad y eficacia en las relaciones entre particulares.

Aunque la Corte Constitucional ha mostrado cierta sensibilidad hacia los temas ambientales ya con las sents. 239 de 1982 y 359 de 1985, sin embargo, en la evolución de su jurisprudencia son cruciales las sentencias 210 y 641 de 1987. En la primera la Corte Constitucional, al confirmar la legitimidad de las competencias atribuidas al por entonces recién creado Ministerio de

Medio Ambiente, ha reconocido la existencia de “valores constitucionales primarios —como el medio ambiente y la salud (arts. 9o. y 32 de la Constitución)— a la luz de los cuales se está produciendo una reconsideración unitaria de la protección del medio ambiente como un derecho fundamental de la persona e “interés fundamental de la colectividad”. Con la posterior sentencia, 641 de 1987, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de definir el medio ambiente como un “bien material unitario” y “valor primario y absoluto”, cuya tutela puede fundamentar una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, en virtud del art. 2043 cc., ante el juez ordinario.

La jurisprudencia posterior se ha movido desde entonces en la dirección de fijar los intereses ambientales al orden de los valores constitucionales.

El medio ambiente se convierte así en un valor constitucionalmente protegido, desvinculado de una perspectiva de naturaleza subjetiva que la había caracterizado hasta ese momento, cuyas exigencias de protección, si bien atañen a una amplia gama de sectores, sobre los cuales se mantienen competencias diversas, no se limitan al dictado de estas sino que implican una visión global e integrada, una síntesis de una pluralidad de aspectos, a veces incluso en conflicto (*cf.* Corte Constitucional, sents. 356 y 302 de 1994).

Otro momento crucial llegó con la mencionada reforma del título V de la Constitución.

Como se anticipó, el art. 117, apdo. 2, letra s, de la Constitución asigna la “protección del medio ambiente, del ecosistema y del patrimonio cultural” a la competencia legislativa exclusiva del Estado, dejando a la competencia legislativa compartida entre Estado y Regiones algunas materias reconducibles también a la protección del medio ambiente, tales como la protección de la salud, la promoción del patrimonio cultural y del medio ambiente, y la promoción y organización de actividades culturales, el gobierno del territorio, la investigación científica y tecnológica, y el apoyo a la innovación en los sectores productivos, la protección civil, la producción, transporte y distribución nacional de energía (art. 117, párrafo 3).

En este contexto, dada la dificultad de distinguir los límites de muchos de los ámbitos materiales mencionados, la Corte Constitucional ha conocido de numerosos recursos cuya jurisprudencia ha desempeñado un papel clave en la definición no solo del conjunto de las competencias, sino también de las diferentes maneras de tutela medioambiental.

Si ya la jurisprudencia constitucional anterior a la nueva formulación del título V de la Constitución le había permitido obtener una “configuración del medio ambiente como «valor» constitucionalmente protegido, que, como tal, esboza un tipo de materia «transversal», en razón de la cual se manifiestan diversas competencias, que bien pueden ser regionales, correspondiendo al Estado las determinaciones que respondan a exigencias necesarias para una uniforme disciplina en todo el territorio nacional” (en este sentido *cf.* Corte Constitucional, sent. 407 de 2002, que invoca las decisiones n. 507 y n. 54 de 2000, n. 382 de 1999 y n. 273 de 1998), es con la sent. 407 de 2002 que la Corte ha establecido que “la evolución legislativa y la jurisprudencia constitucional llevan a excluir que se pueda identificar una «materia» en sentido técnico, calificable como “protección del medio ambiente”, desde el momento en que no parece que se pueda configurar en rigor una esfera de competencia

estatal estrictamente delimitada y acotada, ya que, por el contrario, ella choca y se entrecruza inextricablemente con otros intereses y competencias” (en este sentido *cf.* sents. 536 de 2002, 222 de 2003, 62 de 2005, 108 de 2005, 214 de 2005, 232 de 2005, 182 de 2006).

A partir de 2007, sin embargo, se ha producido un parcial cambio de rumbo en la jurisprudencia constitucional: con la sentencia 378 parece abandonarse el enfoque conceptual que se inició con la sentencia n. 407 de 2002, para pasar a concebir la “protección del medio ambiente y del ecosistema” del artículo. 117, apdo. 2, letra s, de la Constitución, como una verdadera y propia “«materia» para el reparto de competencias legislativas entre el Estado y las regiones”, de “un bien vital, material y complejo, cuya disciplina comprende la protección y preservación de la calidad y estabilidad de cada uno de sus componentes singulares”.

Si bien se viene reconociendo que “junto al bien jurídico medio ambiente en sentido unitario, pueden coexistir otros bienes jurídicos que tienen por objeto componentes o aspectos del bien medio ambiente, pero que implican diferentes intereses jurídicamente tutelados” a nivel competencial regional, la consulta ha precisado que “la disciplina unitaria del complejo bien medio ambiente, que compete de manera exclusiva al Estado, viene a prevalecer sobre la normativa de las Regiones y Provincias autónomas, en asuntos de su propia competencia, y en relación a otros intereses”, por la cual tales entes “no pueden en modo alguno derogar o rebajar el nivel de protección medioambiental establecido por el Estado” (en este sentido, *cf.* Corte Constitucional, sents. 104, 105 y 214 de 2008, pero en un sentido parcialmente disconforme sent. 380 de 2007).

La más reciente jurisprudencia constitucional ha reforzado la necesidad de una protección unitaria del medio ambiente, si bien ha tratado de evidenciar los distintos espacios de diferenciación entre conceptos o ámbitos materiales vecinos. Así, con la sent. 12 de 2009, la Corte Constitucional ha tratado de aclarar los conceptos de “medio ambiente” y de “ecosistema” al afirmar que “cuando se refiere al medio ambiente, de acuerdo con la competencia legislativa exclusiva del Estado conforme a la letra s del segundo párrafo del art. 117 de la Constitución, las consideraciones relacionadas con tal materia se entienden también hechas, de manera estrechamente relacionada a aquella de «ecosistema». Por otra parte, aunque los dos términos expresan valores muy próximos, su doble uso, en la citada disposición constitucional, no se resuelve en una hendíadis, en cuanto que con el primer término se quiere, sobre todo, hacer referencia a aquello que guarda relación con el hábitat de los seres humanos, mientras que con el segundo, a aquello que guarda relación con la conservación de la naturaleza como un valor en sí mismo”.

Posteriormente, la Corte ha tratado de aclarar aún más el concepto de medio ambiente, y los márgenes de legítima intervención regional en las materias relacionadas con el mismo, estableciendo que compete al Estado la determinación de “estándares mínimos” que garanticen una “protección «adecuada y no reducible» del medio ambiente” (sent. Corte Constitucional 61 de 2009), siendo, de todos modos posible que las regiones decidan garantizar mayores niveles de tutela más garantista (sent. 225 de 2009). En esta línea discurren también, *ex plurimis*, las sentencias 315 de 2009; 1, 67, 101 de 2010; 66 y 278 de 2012, y 9, 58, 93 y 145 de 2013.

Particularmente claro resulta el íter argumentativo de la sentencia 9 de 2013: la Corte Constitucional, en resumen de su propia jurisprudencia sobre el tema, ha afirmado que “cuando el carácter transversal de la normativa relativa a la protección del medio ambiente y del ecosistema comporta fenómenos de solapamiento con otros ámbitos competenciales (...)” la prevalencia debe “ser asignada a la legislación estatal frente a aquella que compete a las regiones y provincias autónomas, en las materias de competencia propia transversalmente afectadas. Ello en relación al hecho de que la disciplina unitaria y general del medio ambiente y del ecosistema es inherente a un interés público de valor constitucional primario y absoluto y debe garantizar un elevado nivel de tutela, y por tanto inderogable otras disciplinas del sector. En este sentido, por lo tanto, la competencia que resulta de otras materias atribuidas a la región se vuelve necesariamente reducida, pues no puede en modo alguno derogar el nivel de protección medioambiental establecido por el Estado (sents. 278 de 2012 y 378 de 2007)”.

Por último, con la sentencia 85 de 2013 la Corte Constitucional ha entrado a juzgar el difícil equilibrio de intereses y valores constitucionales en conflicto, como el derecho al medio ambiente, el derecho a la salud —y, en concreto, a vivir y trabajar en un entorno saludable—, el derecho al trabajo y el mantenimiento del empleo o el derecho a la iniciativa económica privada.

El breve marco jurisprudencial apenas descrito nos permite comprender que el reconocimiento del valor constitucional de la protección del medio ambiente es algo más y diferente de la referencia a una idea de “derecho al medio ambiente” por la consistencia jurídicamente indefinida y difícil de alcanzar, puesto que el mismo está firmemente anclado a ámbitos materiales o situaciones subjetivas específicos.

El derecho al medio ambiente presenta, así, al menos dos líneas relevantes: la primera está relacionada con la protección situaciones jurídicas concretas, ya sean individuales o colectivas; la segunda en relación con la protección de los bienes concretos referidos a las mismas, protegidos por la jurisprudencia o recurriendo a diversos parámetros constitucionales (por ejemplo, arts. 2o., 9o., 32, 41 y 42 de la Constitución) o invocando el valor del medio ambiente como un valor autónomo, básico del ordenamiento jurídico, relevante por sí mismo, sin la necesaria vinculación con otros derechos.

*Caterina Drigo*

### 350. DERECHO AL MÍNIMO EXISTENCIAL (MATERIA FISCAL)

*Concepto.* Es la protección del ingreso o la renta mínima que obtiene una persona física y que destina a sufragar sus necesidades básicas: vivienda, salud, educación, alimentos y bienes culturales. Este concepto nace en la economía política y busca la exención de impuestos a las rentas mínimas para salvaguardar la vida digna de las personas. En México, se introdujo por la interpretación jurisprudencial del impuesto sobre la renta y su gravamen a la indemnización por despido injustificado (amparo en revisión 1780/2006, cuyo ponente fue el ministro José Ramón Cossío Díaz y el secretario Juan Carlos Roa Jacobo).

Es así que, gracias a criterios jurisprudenciales, este ingreso mínimo está resguardado a nivel constitucional. En nuestra concepción, el derecho al mínimo existencial es un derecho humano que se ancla en varios preceptos cons-

titucionales, como son el 1, 4, 31, fracción IV, y 123, entre otros. Sin embargo, este derecho ha encajado en nuestro sistema tributario por virtud de la interpretación del artículo 31, fracción IV, que establece los derechos humanos de los contribuyentes o los principios materiales de justicia tributaria.

El derecho al mínimo existencial o vital en el ámbito tributario está vinculado a la capacidad contributiva. Para nosotros, es el núcleo de la capacidad contributiva subjetiva y que no debe gravarse, al ser el ingreso mínimo que obtiene una persona para destinarlo a gastos necesarios e indispensables. En otros sistemas tributarios, la exención general de la renta mínima se ha concebido como el mecanismo idóneo para protegerla de cualquier intervención legislativa; sin embargo, en México, al no estar expresamente contemplada en la ley del impuesto sobre la renta, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha considerado otros instrumentos dentro del mencionado impuesto para salvaguardar ese ingreso mínimo, como son las deducciones, amonorraciones en la tasa, exenciones, reducciones y subsidios, porque de otra manera este impuesto hubiese quedado al margen de la protección a este derecho (criterio reflejado en la tesis aislada X/2013 (9a.), emitida por el Pleno de la SCJN, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, lib. 1, diciembre de 2013, de rubro: “Derecho al mínimo vital. El legislador cuenta con un margen de libre configuración en cuanto a los mecanismos que puede elegir para salvaguardarlo”).

*Jurisprudencia.* Como hemos señalado, en la jurisprudencia mexicana este derecho se ha fundamentado en los artículos 1 y 31, fracción IV de la Constitución federal. Ahora bien, lo destacado de las tesis aisladas referidas al mínimo vital es su motivación en la dignidad humana (amparo en revisión 811/2008, resuelto por la Primera Sala de la SCJN el 5 de noviembre de 2008). En relación con ello, encontramos otras tesis que se refieren a la configuración de los elementos cuantitativos del impuesto sobre la renta, específicamente a la “tasa y tarifa”. En este aspecto, la Primera Sala se pronunció en el sentido de que el legislador tiene libre configuración para establecer los elementos esenciales de la contribución; sin embargo, está limitado por una banda, hacía arriba, por el principio de no confiscatoriedad, y hacía abajo, por el mínimo existencial (tesis 1a./J.77/2011 (9a.), emitida por la Primera Sala de la SCJN, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, agosto de 2011, t. XXXIV, de rubro “Proporcionalidad tributaria. El legislador cuenta con un margen amplio de configuración, al definir las tasas y tarifas”).

Tal como mencionábamos, respecto del impuesto sobre la renta hay otros mecanismos para salvaguardar el ingreso mínimo, entre ellos el que prevé el artículo 93 constitucional, que sanciona las exenciones a las indemnizaciones por riesgos de trabajo o enfermedades, o bien, las jubilaciones o pensiones. En nuestra opinión, también dentro de la protección del derecho al mínimo vital están las deducciones personales establecidas en el mencionado impuesto, como es el caso de los intereses reales de créditos bancarios, gastos médicos, hospitalarios, entre otros.

Poco a poco, los criterios jurisprudenciales han ampliado el anclaje de este derecho en otros preceptos constitucionales de corte laboralista, que nacieron de la reivindicación de los derechos de los trabajadores, como es la protección del salario mínimo establecida en la fracción VIII, apartado A, del artículo 123 de la Constitución federal, naciendo la interpretación jurisprudencial de

que el salario mínimo de los trabajadores también queda exceptuado de cualquier tipo de gravamen. En el ámbito tributario, ello tiene fundamento en el artículo 31 constitucional, fracción IV (tesis P. VIII/2013 (9a.), emitida por el Pleno de la SCJN, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, lib. 1, diciembre de 2013, t. I, de rubro: “Derecho al mínimo vital. Sus alcances en materia tributaria”). Por otra parte, con la reforma de 2011 al artículo 1 constitucional, en nuestra consideración, se deberá ampliar la fundamentación en las convenciones sobre derechos humanos, como sería el caso del artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (2 de mayo de 1948), de la que México es parte. En esta misma dirección, también se deberá interpretar conforme a los artículos 6, párrafo 1, sobre el derecho al trabajo, y 7, inciso a, sobre la remuneración mínima, sancionados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por México el 16 de abril de 1996.

Por último, es necesario mencionar que el derecho al mínimo vital o existencial no debe agotarse en la persona física, sino que el legislador deberá considerar dentro del impuesto sobre la renta un mínimo vital familiar para que se refleje una verdadera capacidad contributiva subjetiva del sujeto pasivo en su condición familiar.

*Gabriela Ríos Granados*

### 351. DERECHO AL NOMBRE (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Todas las personas en sociedad se identifican por su nombre. Así, el nombre propio constituye uno de los atributos que distingue de manera particular a cada persona y la relaciona con una familia. En ese sentido, de acuerdo con la idea tradicional, el nombre con el cual se identifica a una persona se compone de un nombre personal, o de pila, y de un nombre familiar o apellido. El primero distinguirá a cada uno de los hermanos, mientras que el segundo, que lleva cada uno de los miembros, vincula a todos los de su sangre, distinguiéndolos de otros integrantes del grupo social.

En el ámbito jurídico, el nombre es uno de los atributos o cualidades propios de la persona que tiene consecuencias jurídicas. Es, pues, el signo que distingue a una persona de las demás en sus relaciones jurídicas y sociales; empero, para que una persona ostente un nombre y se reconozca como tal, debe, de acuerdo con el derecho, haber sido presentada ante el Registro Civil o institución equivalente, que emita un documento o acta en el que se haga constar el día, la hora y lugar de su nacimiento, su sexo, la razón de si acude viva o muerta, su impresión digital y el nombre o nombres propios, individual o de pila, otorgados por voluntad de los padres, así como los apellidos paterno y materno por virtud de los cuales se distingue el grupo familiar al que pertenece el recién nacido.

Así, la asignación de un nombre a una persona es determinante para su existencia legal, además de constituir un prerequisite para ser sujeto de ciertos derechos. Es pertinente apuntar que el derecho al nombre que tiene toda persona va acompañado de otros atributos de la personalidad: domicilio, nacionalidad, capacidad jurídica. El Estado, por su parte, está obligado

a establecer las condiciones necesarias para promover y asegurar que las oficinas de registro otorguen el servicio correspondiente y expidan las actas de nacimiento.

El derecho al nombre se encuentra regulado en el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de ahí que todo ser humano tenga derecho a la identidad, y que el menoscabo del mismo acarree la violación de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho al nombre y el derecho a la personalidad jurídica. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el estudio e interpretación del derecho al nombre se ha desarrollado teniendo como base determinados asuntos emblemáticos que han sido presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El primero es el caso *de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (sentencia de 8 de septiembre de 2005, núm. 130). A las niñas Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi, de 12 y 10 años, respectivamente, ambas de nacionalidad haitiana y nacidas en República Dominicana, les fue negado por el Estado el derecho a ser registradas de manera tardía en el Registro Civil, hecho que vulneró su dignidad humana y personalidad jurídica, al dejarlas sin existencia jurídica, lo que las colocó, según lo dispuesto por la Corte IDH, en un “limbo o situación de indeterminación jurídica, ante la sociedad y el Estado”. Al respecto, la Corte determinó que los Estados, en el marco del artículo 18 de la CADH, tienen la obligación tanto de proteger el ejercicio del derecho al nombre como de brindar las medidas necesarias que permitan el registro de la persona, de manera inmediata después de su nacimiento.

El tema en cuestión es retomado tiempo después en el caso *de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* (sentencia de 24 de noviembre de 2009, núm. 211), en el cual se expone la situación de sustracción y retención ilegal de menores por militares, cuyos hechos acontecieron el 7 de diciembre de 1982, durante el conflicto armado interno de Guatemala entre 1962 y 1996, tiempo en el que el Estado aplicó la denominada “Doctrina de seguridad nacional”, que consideraba subversiva cualquier persona que se opusiera al Estado. En ese contexto, muchos niños fueron sustraídos ilegalmente por los propios militares, práctica que implicó que en muchos casos se les cambiara el nombre y negara la identidad.

Otro asunto importante sobre el tema lo representa *Gelman vs. Uruguay* (sentencia de 24 de febrero de 2011, núm. 221), que se refiere a la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García. Los hechos iniciaron el 27 de junio de 1973, durante el golpe de Estado en Argentina que se prolongó hasta el 28 de febrero de 1985, periodo en el que se implementaron formas de represión a las organizaciones políticas de izquierda por parte de las estructuras militares al mando de cuerpos castrenses, principalmente de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil. En tales circunstancias, María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, embarazada y de 19 años de edad, fue detenida el 24 de agosto de 1976, junto con su esposo, en su residencia en Buenos Aires. Tiempo después, María Claudia García fue trasladada a Montevideo de forma clandestina por autoridades uruguayas, donde dio a luz a una niña. A finales de diciembre de 1976 le fue sustraída su hija recién nacida, la cual, el 14 de enero de 1977, habría sido colocada con la familia de un policía uruguayo, quien la registró junto con su esposa como hija propia. El 31 de marzo de 2000, a la edad de 23 años, la hija de María Claudia de

Gelman (María Macarena Tauriño) tuvo contacto con su abuelo paterno y se sometió a la prueba de ADN, la cual resultó positiva. La Corte ha establecido que en la condición de entonces, como niña, María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección, que sobre la base del artículo 19 de la Convención correspondía a su familia, a la sociedad y al Estado. Asimismo, que las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de dicho instrumento deben interpretarse a la luz del *corpus iuris* de los derechos de la niñez y, en particular, según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial los artículos 7, 8, 9, 11, 16 y 18 de la CADH y la Convención de los Derechos del Niño.

Así, la Corte señaló que “[...] la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no está expresamente contemplado en la Convención, en este caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño”. En cuanto al derecho al nombre reconocido en el artículo 18 de la CADH y en diversos instrumentos internacionales, ha establecido en su jurisprudencia que “[...] constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin la cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Además el nombre y apellido son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia. Este derecho implica, por ende, que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido”.

*Ma. Carmen Macías Vázquez*

### 352. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El art. 8o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra expresamente el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, así como de su domicilio y de su correspondencia. La necesidad de garantizar la autonomía personal tiene como importante consecuencia que la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia no son excluyentes entre sí, ya que una misma medida puede afectar a la vez dos o más ámbitos (*Mentes et autres c. Turquie; López Ostra c. Espagne; Polski c. Pologne*).

El derecho afirmado debe entenderse como protección de un conjunto de manifestaciones inherentes con el principio fundamental que cada uno tiene al pleno y libre desarrollo de su propia personalidad y a su autonomía, lo que va necesariamente más allá del alcance del “derecho a la privacidad” y del “derecho a la intimidad personal” del individuo. Partiendo de esta premisa, hay que adoptar una lógica evolutiva en la interpretación de este derecho, cuyas manifestaciones no se pueden limitar de manera exhaustiva a los cuatro ámbitos considerados por el art. 8o.

La estructura del art. prevé un apartado (el primero) en el cual se afirma el principio de manera general y otro (el segundo) en el que se dictan las injerencias posibles de la autoridad pública en el ejercicio del derecho. El pleno desarrollo de la autonomía personal garantizado por el art. 8o. (*Pretty c.*

*Royaume-Uni*) tiene como consecuencia que todos los conceptos son amplios y los criterios deben ser considerados como materiales y no formales, y además adaptados teniendo en cuenta que las necesidades del individuo cambian siguiendo la evolución de la sociedad.

Por “vida privada” se entiende la integridad física y mental del individuo (*X. et Y. c. Pays-Bas*); la identidad física y social de cada uno (*Mikulic c. Croatie*; *Odièvre c. France*), incluidas las informaciones relativas a la salud de una persona (*Z. c. Filandé*); el nombre y apellido de las personas físicas (*Burghartz c. Suisse*; *Guillot c. France*); el derecho a la imagen (*Von Hannover c. Allemagne*); la reputación (*Chauvy et autres c. France*) y el honor (*A. c. Norvège*) de toda persona; la orientación sexual (*Dudgeon c. Royaume-Uni*), la identidad sexual (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni*) y la vida sexual (*Laskey, Jaggard y Brown c. Royaume-Uni*); la relación que una persona tiene con sus semejantes, se trate de su entorno (*Niemietz c. Allemagne*), de la relación con personas del mismo sexo (*Mata Estevez c. Espagne*), de cuestiones relativas al enterramiento de miembros de la familia (*Bränduse c. Roumanie*) o de la comunidad a la que el inmigrante pertenece (*Üner c. Pays-Bas*). Bajo el ámbito de la vida privada quedan incluidas la identidad étnica (*S. y Marper c. Royaume-Uni*), las convicciones religiosas y filosóficas (*Folgorio et autres c. Norvège*), así como las actividades profesionales o comerciales (*Halford c. Royaume-Uni*), los registros y los embargos (*McLeod c. Royaume-Uni*). La vida privada no se limita a las medidas que pueden limitar el individuo en su domicilio, como las escuchas telefónicas (*Weber et Saravia c. Allemagne*), llegando hasta proporcionar al individuo un espacio de libertad, incluso cuando esté fuera de su casa, en un contexto social, como en el caso de la interpelación y del cacheo en la vía pública (*Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*), y de la video vigilancia de lugares públicos objeto de divulgación (*Peck c. Royaume-Uni*).

El ámbito de la “vida familiar” depende de un análisis sobre la existencia de estrechos vínculos personales entre las personas, sean estos de derecho o *de facto* (*Johnston et autres c. Irlande*), y llega hasta incluir el derecho a ser padre genético (*Dickson c. Royaume-Uni*), a recurrir a la procreación medicamente asistida (*S. H. et autres c. Autriche*) y a adoptar (*E. B. c. France*). En relación con los niños, se considera existente un vínculo afectivo en consecuencia de una unión marital —aunque sea entre personas del mismo sexo (*Schalk Kopf c. Autriche*)— o de una unión de facto, de adopción (*Pini et autres c. Roumanie*) y de la acogida (*Moretti et Benedetti c. Italie*); mientras que la cohabitación es sin duda un elemento constitutivo de la vida familiar (*Lebbink c. Pays-Bas*), no es una condición necesaria para considerarla existente entre un padre e un hijo (*Berrehab c. Pays-Bas*) ni para calificar los vínculos afectivos (*Kroon et autres c. Pays-Bas*). La relación afectiva se considera existente también entre hermanos y hermanas (*Moustaquim c. Belgique*), entre tíos y sobrinos (*Boyle c. Royaume-Uni*), así como entre un niño y sus abuelos (*Price c. Royaume-Uni*), y no termina en caso de divorcio (*Mustafa y Armagan c. Turquie*) ni en caso de muerte, ya que forma parte del derecho a la vida familiar también el traslado de las cenizas del difunto marido de un cementerio a otro (*Elli Poluhas Dösdo c. Suède*). El derecho a la vida familiar llega hasta tener en cuenta los internos penitenciarios (*Dickson c. Royaume-Uni*) y el derecho del recurrente al cuidado del medio ambiente (*Giacomelli c. Italie*).

Tal y como la noción de “vida familiar”, también el concepto de “domicilio” es autónomo y depende de circunstancias de hecho, capaces de vincular y conectar de manera directa a toda persona con un lugar determinado (*Proko-*

*povitch c. Russie*). El domicilio es tanto de la persona física como de la persona jurídica (*Société Colas Est et autres c. France*). Esto prescinde de la propiedad del lugar y no se limita a las residencias establecidas legalmente (*Buckley c. Royaume-Uni*), pudiéndose considerar como tal las residencias secundarias y las casas de vacaciones (*Demandes c. Turquie*), las caravanas y otros domicilios no fijos (*Chapman c. Royaume-Uni*), así como los locales profesionales si coincide con la residencia privada (*Niemietz c. Allemagne*).

La noción de “correspondencia” incluye los correos entre individuos (*Silver et autres c. Royaume-Uni*); también las enviadas en el marco de actividades profesionales (*Kopp c. Suisse*), las conversaciones telefónicas (*Klass et autres c. Allemagne*), los e-mails (*Copland c. Royaume-Uni*), los datos electrónicos, los télex, los mensajes por biper y una radio privada.

La protección del derecho tiene como consecuencia que la injerencia de la autoridad pública en su ejercicio sea admisible en cuanto satisfagan dos condiciones: debe ser necesariamente prevista por ley, y constituir una medida para asegurar algunos objetivos cuya tutela es considerada como prioritaria en una sociedad democrática: la necesidad para la seguridad nacional; la seguridad pública; el bienestar económico del país; la defensa del orden y la prevención del delito; la protección de la salud o de la moral, y la protección de los derechos y libertades de los demás.

*Eloisa Denia Cosimo*

### 353. DERECHO AL TRABAJO

Conviene hacer una primera distinción entre derecho al trabajo y el derecho al empleo. Ambos derechos se encuentran estrechamente vinculados en virtud de que el primero es indispensable para el segundo; sin embargo, el segundo requiere para su realización que se establezca una relación laboral con un empleador. La etimología de la palabra “trabajo” deriva del latín, y se refiere a un instrumento de labranza y de tortura; referida también a aquello que ocasiona molestia o un esfuerzo, como la doctrina social católica lo expresa con la frase bíblica “Ganarás el pan con el sudor de tu frente”. El ser humano debe trabajar para cubrir sus necesidades vitales, lo puede hacer por sí y para sí mismo como ocurría al inicio de la civilización. En la medida en que las relaciones sociales evolucionaron cambiaron las formas de organización del trabajo y este tomó un sentido económico como actividad para generar riqueza. El trabajo hace factible que el ser humano utilice sus recursos mentales y físicos para atender su subsistencia y crear su bienestar y el de su familia; representa una fuerza personal inherente e intransferible que no puede ser utilizada o aprovechada por otros, excepto cuando voluntariamente la persona la somete al servicio de un tercero a cambio de una remuneración y otras prestaciones que deben garantizarse. El derecho al empleo significa precisamente el derecho al trabajo mediante la subordinación de los servicios de una persona a otra, a cambio de una remuneración; se trata de un trabajo ajeno, subordinado a los intereses del empleador con quien se establece una relación laboral que genera otros derechos, como son básicamente el salario remunerador, la jornada humanitaria, la salud y protección social, y otros derechos colectivos, como el de sindicalización. El derecho a recibir el producto de trabajo, la utilidad o la riqueza, es inherente al derecho al trabajo. Desde el punto de vista filosófico, el trabajo dignifica al ser humano; desde el punto de vista sociológico,

el trabajo es un hecho social que permite al ser humano superar sus niveles de vida. Jurídicamente, el trabajo es un bien que debe tutelarse y regularse para mantener el equilibrio y la justicia social. El derecho al trabajo es un derecho humano y como tal es un derecho público subjetivo caracterizado por la universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. Asimismo, el derecho al trabajo se le considera un derecho económico y social, por lo que corresponde al Estado ofrecer las condiciones necesarias para su respeto y cumplimiento; en razón de ello, debe crear la estructura económica, social y jurídica, y establecer las políticas públicas necesarias para promover el pleno empleo y permitir a la persona acceder a un trabajo que le permita satisfacer sus necesidades con dignidad y garantizarle lo que se conoce como “trabajo decente”, incluida la protección por desempleo. En virtud de lo anterior, el derecho humano al trabajo se considera un derecho prestacional. La libertad para trabajar, igualmente, es el derecho de la persona para elegir y realizar las actividades, comercio, industria o profesión que sean de su interés o que más le acomoden, siempre que sean lícitas y no ofendan los derechos de la sociedad. El Estado puede regular el ejercicio de las profesiones que requieran título. La persona, además, tiene el derecho a no trabajar; se prohíbe el trabajo forzoso, ninguna persona puede ser obligada a trabajar, salvo cuando la ley lo determine —como ocurre en el caso de las actividades cívicas obligatorias que precisen las leyes—, cuando se imponga como sanción por autoridad judicial competente, o cuando se estipula como obligación en caso de privación de la libertad. El derecho al trabajo también incluye el derecho a la capacitación y a la formación. En México, el art. 123, además de establecer para toda persona el derecho al trabajo digno y socialmente útil, señala que se promoverá la creación de empleos y la organización social del trabajo, y el art. 25 marca las directrices para el fomento del crecimiento económico y el empleo. La mayoría de los países reconocen el derecho al trabajo; en los países latinoamericanos se consagra en sus Constituciones, entre ellos México (arts. 5o. y 123), Argentina (art. 14), Bolivia (art. 7o., d), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Cuba (art. 45), Ecuador (art. 35), Nicaragua (art. 57), Panamá (art. 60), Paraguay (art. 86), Perú (art. 22), Venezuela (art. 87). Igualmente, este derecho se reconoce explícitamente en las Constituciones de otros países, como España (art. 35) e Italia (art. 6o.). Otras legislaciones regulan la libertad de trabajo, lo cual lleva implícito el derecho al trabajo. A nivel internacional, los principales instrumentos de derechos humanos reconocen ampliamente el derecho al trabajo: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 23); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (arts. 6o., 7o., 8o. y 17, inciso b, y 18, inciso b); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6o., 7o., 8o. y 10.3); la Carta Social Europea (arts. 1o.-10, 18 y 19), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos (art. 15), y otros como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, entre ellos el 29, 105, 111 (art. 1o.) y 122 (art. 2o.), y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de las Mujeres (art. 11, inciso a), que reconoce el derecho al trabajo de la mujeres sin discriminación alguna, especialmente por la maternidad.

*Patricia Kurczyn Villalobos*

### 354. DERECHO AL TRABAJO (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

En este rubro puede hacerse una primera distinción entre el derecho al trabajo y los derechos laborales. El primero se entiende como el derecho de toda persona a la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada, tal y como se desprende del artículo 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”, adoptado el 17 de noviembre de 1988, vigente desde el 16 de noviembre de 1999 y ratificado por México el 16 de abril de 1996).

El artículo 7 del instrumento referido dispone que los derechos laborales tienen que ver con condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, e implican que los Estados se encuentran obligados a garantizar: una remuneración que asegure condiciones de subsistencia digna; un salario equitativo e igual por trabajo igual; que toda persona trabajadora pueda dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, y que pueda tener acceso a la promoción o ascenso dentro de su trabajo con base en sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio, así como la limitación razonable de las horas de trabajo. De igual forma, debe garantizarse la seguridad e higiene en el trabajo.

Asimismo, señala que los derechos laborales también implican la obligación estatal de garantizar la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, con causas de justa separación, y que en casos de despido injustificado se garantice el derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo. Debe garantizarse la protección de las niñas y niños y, por ende, prohibirse su contratación en trabajos nocturnos, peligrosos o que pongan en riesgo su salud, seguridad o moral, o que obstaculicen su derecho a la educación. Por último, contemplan el derecho al descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

Con base en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o “Pacto de San José”, suscrito el 22 de noviembre de 1969, vigente desde el 18 de julio de 1978 y ratificado por México el 3 de abril de 1982 [adhesión]), los Estados parte se encuentran obligados a respetar y garantizar los derechos y libertades a toda persona 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 cualquier otra condición social; y con fundamento en el artículo 26 se encuentran obligados a llevar a cabo medidas para el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado sobre el derecho al trabajo (y los derechos laborales). En su jurisprudencia (caso *Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia de 31 de agosto de 2017, núm. 340, párrs. 142-150) ha señalado, respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la CADH, que se trata de “aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA” y retoma los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta, al indicar que establecen: “[el] trabajo es un derecho y un deber social y que ese debe prestarse con ‘salarios justos, oportunidades de

empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos'. Asimismo, señalan que el derecho de los trabajadores y trabajadoras a 'asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses'. Además, indican que los Estados deben 'armonizar la legislación social' para la protección de tales derechos. [...]” (párr. 143).

La Corte también invoca en su jurisprudencia a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, recordando que: “el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que [‘toda’] persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]’. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que ‘la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales” (párr. 144).

La Corte hace una interpretación integral del *corpus iuris* internacional en la materia y retoma las disposiciones internacionales que establecen el derecho al trabajo y los derechos laborales, tales como “[...] el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño” (párr. 145). De igual forma, retoma la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general 18 sobre el derecho al trabajo, “en el sentido de que este derecho ‘implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo’; y que el ‘incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros’, lo cual incluye ‘el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente” (párr. 147).

Tomando como referente lo anterior, así como —“de manera ilustrativa”— el Convenio 158, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), y la Recomendación 143, ambos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Corte IDH estableció jurisprudencia sobre el derecho a la estabilidad laboral, que implica el derecho al trabajo: “[...] las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos” (párr. 149).

Sobre ese mismo tema, la Corte detalla que “[...] la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de

protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice este bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho” (párrs. 148-150).

*Lelia Jiménez Bartlett*

### 355. DERECHO AL VOTO (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La democracia es un elemento indispensable del Estado de derecho, sin el cual sería imposible el desarrollo de los derechos humanos y de los derechos político-electoral, en virtud de ser un sistema por el cual se garantiza la equidad, la transparencia y la distribución del poder de una manera justa y apegada al derecho; en este sentido, durante mucho tiempo han jugado un papel determinante en la construcción del desarrollo humano y de la dignidad de las personas, pues es a través del sistema de participación que los seres humanos pueden lograr una convivencia adecuada en una organización jurídico-colectiva, como una forma que garantiza la participación libre, ordenada y la manifestación en la vida social de los ciudadanos de manera natural.

Los derechos humanos han sido durante años el objeto de estudio de diversos tratadistas, y una preocupación constante por parte de los Estados; la manera de entenderlos y la forma de protegerlos ha dado lugar a numerosas reformas, la inclusión de leyes, sus alcances, el análisis de sus garantías y de su interpretación, con la cual prevalezca la mayor cobertura de protección individuo como persona. Por lo anterior, el derecho al voto, al igual que cualquier otro derecho humano, requiere de un proceso interpretativo y de armonización, en donde los Estados y sus autoridades (judiciales y con competencias jurisdiccionales) están sometidos a los instrumentos que son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a las interpretaciones que del mismo haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del marco de sus respectivas competencias y de conformidad con sus regulaciones procesales propias, por lo que la construcción del contenido de los derechos guarda una estrecha relación con el ámbito internacional.

En la Carta Democrática Interamericana se indica la importancia de la participación ciudadana como un proceso permanente que contribuye a la consolidación de la “democracia” como parte del Estado, por lo que los sistemas a través de este modelo consiguen que la toma de decisiones sea basada en las mayorías. Así, la Carta indica que “La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía, en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional” (art. 2o.). Asimismo, son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos.

Por lo anterior, el derecho al voto puede entenderse como un derecho humano a través del cual los ciudadanos tengan la posibilidad de manifestar de

manera individual, voluntaria, secreta y libre su opinión, respecto a los asuntos colectivos y de la vida política, en el que se garantice la libre expresión de las ideas y se respeten las normas que los contengan. Desde una perspectiva jurídica, no solo la participación efectiva es lo que importa, sino la garantía de esta, que se construye a partir de normas que aseguran a decidir, así como la libertad y la igualdad de esa decisión. Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político, y aunque un sistema regional no puede determinar un modelo único de sistema político para toda la región, si existen parámetros o “estándares mínimos” que garantizan la existencia de la democracia como un modelo de vida social.

El voto es, pues, un derecho y un poder reconocido por las normas jurídicas, que dota a los individuos de voluntad y decisión en los asuntos que le competen en un Estado. En este sentido, el voto debe tener las características de la democracia, tales como 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 de expresión y de prensa; asimismo, la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil, legalmente constituida, y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad que son igualmente fundamentales para la democracia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula, en su art. 23, una serie de obligaciones de los Estados parte en materia de derechos políticos, que se agrupan en diversos componentes de derechos y que tienen a su vez obligaciones a cargo de los Estados: 1) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos (art. 23.1, inciso a); 2) votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (art. 23.1, inciso b), y 3) acceder, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país (art. 23.1, inciso c). La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Por lo anterior, resulta indispensable que en el marco de la democracia y los derechos humanos exista igualdad de oportunidades en las mismas condiciones para una contienda electoral, pero además que su respaldo sea a partir de los principios de libertad de expresión, respeto al sistema jurídico, tal y como señala la propia Carta cuando indica que “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos” (art. 3o.). Por lo que la legitimidad y representatividad del poder se colma no solo en el ejercicio de la voluntad, sino en todo el desarrollo de su respeto y cumplimiento; por ello, no se anula o extingue con la manifestación, sino que su cumplimiento depende en gran medida del ejercicio que de este haga el representante público.

Las disposiciones contenidas en el art. 23 de la Convención, acerca de los derechos políticos, incluyen una gama abierta de posibilidades de parte del Estado; es decir, que para su cumplimiento no basta con su reconocimiento, sino que es indispensable un amplio proceso normativo y de afirmación conceptual acerca de los derechos políticos, el cual no se agota en la letra de las disposiciones allí contenidas, sino que requiere de la interpretación que puede otorgarle una mayor posibilidad de alcance y contenido. Para lograr la consolidación del Estado constitucional de derecho que esperamos se requiere, principalmente, de lograr que los derechos humanos sean una realidad y, por lo tanto, efectivos, para ello es necesario contar con garantías constitucionales en materia electoral que nos permitan una adecuada defensa.

Los derechos político-electorales se integran dentro del catálogo de los derechos humanos; por lo tanto, su respeto, su protección y su garantía son de suma importancia, ya que estos reúnen las características de la generalidad, al ser universales, indivisibles, imprescriptibles, inherentes, irrenunciables y sobre todo progresivos, donde el Estado deberá procurar que su aplicación, integración e interpretación sea extensiva. En este sentido, la protección de estos derechos igualmente debe alcanzar plena efectividad, no solo a la luz de las fuentes internas de derecho, sino también a la luz de los tratados internacionales en la materia, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y, especialmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), así como la jurisprudencia que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos como estándar mínimo de interpretación.

El derecho al voto y la libre participación en el gobierno comprenden también la posibilidad de integrar partidos y asociaciones políticas que, a través del debate libre de ideas, excluya el monopolio del poder y garantice que las decisiones sean plurales y no corresponda a un solo grupo o persona. La participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados mediante normas que permitan el acceso real y efectivo.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha señalado que el derecho al voto deberá contener:

*a)* Reconocimiento expreso a los ciudadanos, por parte del Estado, en la norma y con instrumentos que garanticen su ejercicio (Corte IDH, Castañeda Gutman).

*b)* Se encuentran en constante relación con otros, tales como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación, y que ligados a la libertad de oportunidades la eliminación de toda forma de discriminación —especialmente la discriminación de género, étnica y racial— y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes, y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana en conjunto, con respeto y libertad (Corte IDH, Castañeda Gutman, Carta Democrática Interamericana).

*c)* Un doble aspecto, el derecho al ejercicio directo del poder (derecho a ser votado) y el derecho a elegir a quienes deben ejercerlo (derecho a votar).

Ello supone una dualidad de obligaciones y derechos, que son consecuentes a los ciudadanos y al Estado.

d) La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente, y que una vez organizadas, permiten la intervención en la designación de las autoridades (Corte IDH, Castañeda Gutman).

e) El pluralismo político refuerza la democracia, pues impide que el poder no se ejerza siempre por los mismos sujetos (Corte IDH, Yatama y Castañeda Gutman).

El derecho al voto, además, deberá apoyarse en la educación, como una pieza clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza, y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías (Carta Democrática Interamericana).

*Jaime Arturo Verdín Pérez*

### 356. DERECHO AMBIENTAL (ENFOQUE PRECAUTORIO)

El derecho ambiental plantea el gran reto de tomar decisiones —políticas, económicas, jurisdiccionales— en escenarios de incertidumbre; el avance de la ciencia y la tecnología definen y, en buena medida, complican la conceptualización del riesgo y del daño al medioambiente sano, conceptos con base en los cuales se tienen que tomar estas decisiones. En este contexto, algunos afirman que el derecho ambiental es un derecho de gestión de riesgos. La necesidad de actuar ante riesgos medioambientales impredecibles e inciertos ha obligado a asumir un enfoque precautorio.

Ya son diversos los tratados internacionales y trabajos académicos que conceptualizan el *principio de precaución* (entendiéndolo como aquel que guía la práctica del enfoque precautorio), y si bien no todas las aproximaciones son coincidentes, lo cierto es que sí es posible encontrar algunos elementos comunes. En este sentido, el artículo 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece el principio de precaución, señalando que la falta de certeza científica absoluta sobre el peligro de daño grave o irreversible al medioambiente no puede ser utilizada como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, que impidan la degradación medioambiental.

El enfoque precautorio se *activa* en situaciones de incertidumbre científica o técnica en relación con el riesgo al medioambiente; el principio de precaución funge como una herramienta imprescindible, no solo para los operadores jurisdiccionales, sino para todos aquellos —científicos, legisladores— involucrados en la protección del medioambiente. Opera como pauta interpretativa ante las limitaciones de la ciencia para establecer, con absoluta certeza, los riesgos a los que se enfrenta la naturaleza; además, en el ámbito de la administración pública, este principio sirve como motivación para tomar decisiones que, de otra manera, serían contrarias al principio de legalidad o de seguridad jurídicas. En el ámbito jurisdiccional, el enfoque precautorio exige que el operador jurídico incorpore el conocimiento científico y tecnológico a

sus decisiones, lo cual implica en muchas ocasiones resolver ante la falta de certeza absoluta.

Ahora bien, el hecho de que el principio de precaución se actualice en condiciones de incertidumbre no implica que la mera especulación sobre un daño ambiental sea suficiente para activarlo; su aplicación *requiere de la existencia de elementos razonables en relación con el riesgo de daño ambiental*. En este punto es que se distingue entre el principio de prevención —que se basa en la existencia de datos suficientes para calcular el riesgo de daño— y el de precaución, en el que basta que exista una *posibilidad de riesgo de daño al medioambiente*, posibilidad basada en elementos razonables.

El concepto de *riesgo ambiental* se torna así un elemento crucial del principio de precaución. La toma de decisiones a partir de información sobre riesgos implica un cambio de cultura, por ejemplo, de los operadores jurisdiccionales que tradicionalmente resuelven en entornos de certeza. Un enfoque precautorio no solo exige el diálogo con información científica/técnica, sino además lleva a valorar pruebas cuyos resultados son inciertos; pruebas que en el mejor de los escenarios reflejan una posibilidad, con cierto grado de probabilidad, de que se actualice un daño al medioambiente.

A partir de lo anterior, un enfoque precautorio exige necesariamente un *replanteamiento de las reglas de valoración probatoria*. En esta línea, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe reconoce la obligación de los Estados de contar con medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental.

Atendiendo a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (amparo en revisión 307/2016) reconoció que el juez puede revertir la carga de la prueba a cargo del agente potencialmente contaminante; esto significa que aquel que se sostiene está afectando la naturaleza debe demostrar que el riesgo de daño alegado no existe. De esta manera se intenta compensar la dificultad —particularmente de la ciudadanía— de acceder a elementos probatorios en materia ambiental.

En la misma línea, el máximo Tribunal reconoció que un enfoque precautorio demanda que los juzgadores adopten un *papel más activo en el proceso* y que recaben cualquier prueba que les permita conocer de mejor manera el riesgo de daño a la naturaleza. La anticipación y prevención para evitar la degradación del medioambiente justifican esta intervención más activa del juzgador, sin que esto implique un atentado al principio de igualdad procesal de las partes.

La instrumentación del principio de precaución y la consecuente puesta en marcha del enfoque precautorio, tanto en el ámbito jurisdiccional como en la administración pública, exigen un *cambio de cultura*. Es necesario reconocer aquellos valores arraigados en los diversos sistemas que atentan contra la implementación del enfoque precautorio. Por ejemplo, la toma de decisiones jurisdiccionales o de política pública basadas en conocimiento científico no es la regla en nuestro país, no es parte de nuestra cultura de toma de decisiones públicas. Ante ello, la incorporación de conocimiento científico como fundamento de ciertas determinaciones públicas no debe ser una opción para el funcionario público, sino una obligación prevista en la ley.

*Norma Lucía Piña Hernández*

### 357. DERECHO COMPARADO (TERTIUM GENUS)

Con la expresión *tertium genus*, la doctrina clásica suele indicar un modelo de justicia constitucional que se desarrolla históricamente después de la segunda posguerra con las Constituciones democráticas de Italia y Alemania; posteriormente es implementado por el constituyente español de 1978, y es entonces cuando se difunde ampliamente en muchos ordenamientos de la Europa centro-oriental, con el ciclo de la transición democrática tras la caída del muro de Berlín, y en algunos otros países del resto del mundo (Guatemala, Honduras, Panamá, Chile, Senegal, etc.), para llegar a ser incluso parcialmente implementado en 2008 en el ordenamiento francés, país que por antonomasia había representado hasta entonces un modelo *per se* en el panorama de los sistemas de justicia constitucional (Favoreu, Tusseau).

El adjetivo *tertium* (el cual es seguido de un *quartum* —Pegoraro— y muchas otras propuestas para la clasificación de las innumerables formas de contaminación recíproca entre los modelos, sobre todo en América Latina —García Belaunde—) deriva del hecho de que tal forma de control de constitucionalidad surge de la hibridación entre dos sistemas considerados arquetipos en el derecho procesal constitucional: el concentrado-kelseniano y el difuso del *judicial review* estadounidense (Calamandrei, Cappelletti). Del primer sistema, el *tertium genus* hereda la centralización del control, para lo cual hablamos de ordenamientos que prevén toda una corte o tribunal constitucional *ad hoc* con la función principal, aunque nunca exclusiva, de garantizar la conformidad a la Constitución de los actos normativos subordinados; el segundo modelo, en cambio, incorpora de manera peculiar la difusión, no del control, pero sí de la iniciativa, en cuanto a que espera que todos los jueces, durante un proceso de oficio o a petición de parte, planteen una cuestión de inconstitucionalidad a la Corte, si están convencidos (Alemania, España) o habiendo una duda no manifiestamente infundada (Italia) de que la norma aplicable para resolver el caso sea contraria a la Constitución. Se trata, por tanto, de un control de constitucionalidad en vía incidental, como viene siendo comúnmente definido en la doctrina italiana, o concreto, como en cambio es descrito en Alemania, ya que, como en los Estados Unidos, la cuestión surge a través de un incidente procesal (aun si en el modelo concentrado se debe hablar, de manera más rigurosa, de prejudicialidad, en cuanto a que el juez que decide la cuestión no es el mismo juez del proceso principal) y deriva de la necesidad de resolver una controversia concreta entre las partes. Esta no puede ser ficticiamente creada con el único propósito de plantear la cuestión, sino que debe resguardar intereses reales y situaciones jurídicas subjetivas, teniendo un objeto independiente a la cuestión de constitucionalidad.

De los dos requisitos, el de relevancia y de no estar manifiestamente infundada, se ha agregado al menos uno, por vía jurisprudencial, en muchos de los ordenamientos que desde el inicio optaron por este modelo. El juez *a quo*, es decir, aquel encargado de resolver el fondo del asunto, debe, de hecho, previamente, realizar un intento de interpretación conforme a la Constitución de la disposición aplicable. Esto, debido a que, como la Corte Constitucional Italiana ha afirmado en repetidas ocasiones, una disposición no se declara inconstitucional porque es posible una interpretación suya que no sea acorde a la Constitución, sino porque la inconstitucional es la única interpretación posible.

Tal argumento apela, por una parte, a la teoría de la aplicabilidad directa de la Constitución por parte de todos los jueces; por la otra, al principio de economía procesal, por el cual la Corte es llamada a pronunciarse solamente cuando no sea posible resolver el problema en vía interpretativa. A su vez, un límite aplicativo de este requisito es la teoría del derecho viviente: el juez, en busca de resolver interpretativamente la cuestión, debe atribuirle a la disposición el significado comúnmente utilizado por la jurisprudencia mayoritaria, a fin de no legitimar interpretaciones fantasiosas y extravagantes con el solo propósito de excluir el control de constitucionalidad de la Corte.

De lo anterior se puede observar cómo, en la praxis aplicativa, las características del modelo se acercan más y más al difuso, en lugar de al concentrado y de directo origen kelseniano. El juez ordinario, de hecho, es llamado a ser no solo vigilante de la Corte, sino intérprete directo de la Constitución. Esto significa que el juez ordinario, en la fase preliminar, desarrolla una verdadera y propia función de control de constitucionalidad. Por esto, el monopolio de la corte constitucional en tales sistemas es solo de aceptación de la cuestión, en tanto que el juez *a quo*, a través de la evaluación de los requisitos de relevancia, de validez (Alemania, España) o no estar manifiestamente infundada (Italia), y a través de la técnica de la interpretación conforme puede directamente rechazar la cuestión, aplicando en el proceso la norma considerada constitucional (sin mencionar que en algunos ordenamientos la difusión del control existe en derecho respecto de actos normativos secundarios, como los reglamentos).

Otro aspecto se refiere a la efectiva oportunidad de considerar el *tertium genus* como un verdadero “modelo” de justicia constitucional, o simplemente como una diferente modalidad de acceso a la Corte especializada. En caso de respuesta afirmativa a la primera opción, cuáles serán los ordenamientos que podrán ser clasificados dentro de tal categoría.

El término “modelo” es utilizado en el lenguaje jurídico esencialmente en dos acepciones (de Robilant): como sinónimo de “ejemplo” o “arquetipo”, o como estructura simplificada de una particular realidad, utilizada en función prescriptiva y predictiva respecto al funcionamiento de la misma estructura reproducida en diversos contextos. Es evidente que si en la primera acepción no surgen problemas particulares en cuanto al uso del término, en la segunda es necesario verificar si “el modelo” de control de constitucionalidad vía incidental presenta características particulares, tales como para diferenciar la estructura y el funcionamiento respecto a aquellos híbridos originales. Desde un punto de vista meramente estructural, la vía incidental es una de las posibles modalidades de acceso a la Corte, que en todos los ordenamientos viene flanqueada por otros mecanismos, como, por ejemplo, el recurso en vía de acción de parte de órganos públicos, la acción popular o el recurso particular para la protección de los derechos fundamentales. Desde un punto de vista funcional, el *tertium genus* se define como control concreto (Ruggeri-Spadaro). La concentración incide en la forma en que la Corte estructura el juicio de compatibilidad de la norma de la Constitución, dando relieve a los hechos o al caso del cual el juicio surgió. A tal propósito, en otra sede se ha sugerido la hipótesis de que la previsión o no, por parte del ordenamiento, del recurso particular para la protección de los derechos fundamentales entre los instrumentos de garantía de la Constitución, incidan sobre la clasificación del mo-

delo. Se ha afirmado que entre los ordenamientos que incluyen *tertium genus*, in *primis* Italia, Alemania y España, se puede trazar una diferencia entre los dos últimos —y en general en la extensa mayoría de los países que sucesivamente han incorporado este modelo—, donde el juicio en vía incidental tiene una ocurrencia cuantitativamente limitada, y cualitativamente se desarrolla de un modo tendencialmente más similar al de vía directa; e Italia, donde a falta de instrumentos de recurso particular directo y dentro de un sistema de acceso a la corte de los más restringidos entre aquellos con sistema concentrado, la incidentalidad (*rectius*, prejudicialidad) no se limita a representar solamente una, entre las vías de acceso a la Corte, sino de una forma particular al juicio de constitucionalidad, justificando entonces la clasificación del sistema como “modelo”, aunque con una escala mucho menor en cuanto al número de ordenamientos incluidos.

*Silvia Bagni*

(traducción de Armando Navarro Pérez)

### 358. DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

El derecho constitucional procesal, cuyo análisis comenzó con los planteamientos del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, se ocupa del estudio de las instituciones o de las categorías procesales establecidas por la Constitución.

La regulación constitucional de estos instrumentos se ha desarrollado de manera excepcional en los últimos años, ya que las cartas fundamentales más recientes dedican de manera progresiva disposiciones sobre la regulación de los principios básicos del derecho procesal, que ya no se concentran, como ocurría tradicionalmente, en la organización judicial y en el debido proceso legal, sino que también comprenden, entre otros aspectos, los derechos esenciales de las partes y en general de los justiciables, y algunos de estos lineamientos se sitúan dentro de los capítulos sobre derechos fundamentales.

Esta nueva rama del derecho constitucional es una disciplina estrechamente vinculada al procesalismo científico, y el enfoque que presentamos debe ser forzosamente provisional, puesto que no se han desarrollado de manera suficiente los estudios sobre este sector. Con esta aclaración, es posible establecer tres aspectos esenciales del derecho constitucional procesal:

I. JURISDICCIÓN. Solo para tener un apoyo en cuanto a la naturaleza de la institución partimos de una noción aproximada, de acuerdo con la cual la *jurisdicción* es la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide esas controversias de manera imperativa y desde una posición imparcial.

Cabe destacar que esta actividad pública se ha transformado de manera paulatina, de un procedimiento mecánico de aplicación de las normas legislativas, en una actividad de creación jurídica que otorga contenido a esas normas por medio de su interpretación e integración en los casos concretos de los que conocen los tribunales.

II. GARANTÍAS JUDICIALES. Debemos entender por ellas el conjunto de instrumentos establecidos en las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador, y que poseen además un doble enfoque, pues al mismo tiempo que se utilizan en beneficio de los

miembros de la judicatura, también favorecen la situación de los justiciables, ya que la función jurisdiccional se ha establecido en su beneficio. En este sentido, puede invocarse lo establecido por los arts. 14, primer párrafo, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el 6o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; instrumentos en los que se establece, en esencia, el derecho fundamental de todo gobernado de ser escuchado públicamente y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial, y establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en contra de ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones.

Entre esas garantías judiciales se pueden señalar varios instrumentos que se aplican a los miembros de la judicatura, relativos a la estabilidad, remuneración, responsabilidad y autoridad de los juzgadores.

1. *Estabilidad.* Debe entenderse como el conjunto de medios que se traducen en la permanencia de los jueces y los magistrados, ya sea por un periodo determinado o de manera indefinida, hasta la finalización de su cargo, fallecimiento o edad de retiro, a no ser que incurran en motivo de responsabilidad que implique su remoción por medio de un proceso o de un juicio político. La forma más perfeccionada radica en la *inamovilidad*, la que significa que el juez o magistrado una vez designado permanece indefinidamente en sus funciones hasta su retiro forzoso a una edad determinada, e inclusive en algunos ordenamientos el cargo es vitalicio.

2. *Remuneración.* Este ha sido uno de los aspectos más débiles en la mayoría de los sistemas jurídicos de organización judicial y con mayor razón en Latinoamérica, pues en general los jueces y los magistrados perciben sueldos proporcionalmente inferiores a los que se otorgan a los funcionarios administrativos o legislativos. La Corte Suprema argentina, en una sentencia pronunciada el 18 de noviembre de 1985, señaló que la intangibilidad de los sueldos de los jueces era garantía de independencia del Poder Judicial, de modo que debía considerarla, junto con la inamovilidad, como garantía del funcionamiento de un poder del Estado, y esa intangibilidad comprendía la conservación del poder adquisitivo de esta, y no solamente su valor monetario formal.

3. *Responsabilidad.* Esta se puede entender desde varios enfoques. En sentido estricto, como el procedimiento establecido para imponer sanciones a los jueces que cometan errores inexcusables, faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones; en una dimensión más amplia, también puede incluir la responsabilidad procesal, en la medida que los miembros de la judicatura gozan de atribuciones para la dirección del proceso, y finalmente, la responsabilidad de carácter político, cuando esos juzgadores intervienen en los instrumentos de justicia constitucional. La responsabilidad en sentido propio abarca varios aspectos: patrimonial, administrativo o disciplinario y penal.

4. *Autoridad.* Implica que los jueces y magistrados deben contar con instrumentos jurídicos para hacer respetar sus resoluciones, así como con el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de estas. Los códigos procesales otorgan al juzgador medios de apremio y correcciones disciplinarias, que pueden llegar a la multa y al arresto en los casos extremos, para imponer sus decisiones a las partes o a terceros.

III. *Garantías de las partes.* Son las que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional. Los lineamientos esenciales de estas garantías se han consagrado en las cartas constitucionales (inclusive, así sea de manera limitada, por los ordenamientos clásicos), ya que los derechos subjetivos públicos relativos a la *acción procesal y a la defensa o debido proceso* se han consagrado tradicionalmente como derechos fundamentales de la persona y han sido reglamentados por los mismos textos constitucionales, con mayor amplitud por lo que respecta a la materia penal, que ha sido el aspecto más sensible del derecho constitucional procesal. Las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos los han consagrado en todos los campos.

1. *Acción procesal.* El derecho de acción se consideró tradicionalmente, a partir del derecho romano y hasta la primera mitad del siglo XIX, como el mismo derecho subjetivo llevado al proceso; sin embargo, gracias a las aportaciones de los juristas alemanes de la segunda mitad del siglo pasado, se reconoció a la acción la naturaleza de un derecho autónomo, diverso del derecho sustantivo público que corresponde a todo gobernado de solicitar al Estado la prestación jurisdiccional. Cabe destacar que este derecho autónomo ha experimentado una transformación sustancial debido al fenómeno de la socialización del derecho, en el cual se reconocen y se tratan de evitar los obstáculos del orden económico, social, político y cultural que en el campo del derecho procesal entorpecen la real participación de los justiciables, e impiden la eficacia del proceso.

2. *Derecho de defensa o debido proceso legal.* Abarca numerosos aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de muy diversas maneras en los distintos ordenamientos que la consagran, pues comprende instrumentos procesales, como la publicidad del proceso; el derecho a un juez natural (o sea, que nadie puede ser juzgado por tribunales de excepción o sometido a la justicia militar si no pertenece a las fuerzas armadas); la oportunidad probatoria, etcétera. Pero también este derecho de defensa abarca aspectos sustantivos, pues la solución que se dicte en el proceso debe ser razonable, es decir, adecuada a la controversia planteada. Uno de los aspectos esenciales del debido proceso es el relativo a la *igualdad efectiva de las partes*, la cual surgió con el derecho procesal laboral, precisamente debido a la comprobación de que en los conflictos obrero patronales existe una parte débil: el trabajador; al respecto destacan las profundas reflexiones del procesalista uruguayo Eduardo J. Couture sobre la “igualdad por compensación”, para lograr el equilibrio de las partes.

**Héctor Fix-Zamudio**

### 359. DERECHO DE ACCESO A INTERNET

Los orígenes operativos de lo que hoy conocemos como Internet se remontan a finales de la década de los sesentas, durante la época de la llamada “guerra fría”, que surgió como un proyecto militar fundamentalmente defensivo en los Estados Unidos.

Además de ser Internet un fenómeno técnico de carácter mundial, también lo es a otros niveles, dentro de los que destacan el económico, político, cultural, educativo, psicológico y por supuesto el jurídico.

En la Resolución A/HRC/20/L.13 del 5 de julio de 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, basado en los informes del Relator Especial

sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, presentados al propio Consejo y a la Asamblea General, se señala que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija, de conformidad con el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconociendo la naturaleza mundial y abierta de Internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas, exhortando a los Estados a que promuevan y faciliten el acceso a Internet y la cooperación internacional, comprometiéndose a seguir examinando la promoción, la protección y el disfrute de los derechos humanos, incluido el derecho a la libertad de expresión, en Internet y en otras tecnologías, así como la forma en que Internet puede ser un importante instrumento para el desarrollo y para el ejercicio de los derechos humanos, de conformidad con su programa de trabajo.

En el actual Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 en la Meta Nacional “México Próspero”, en una de sus estrategias y línea de acción transversal, se señala la necesidad de “incrementar el número de usuarios del Internet” en México.

La reforma constitucional a la CPEUM, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2013, entre otros rubros, señala en el art. 6o., tercer párrafo, que “El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet”.

Por otra parte, y en ese mismo art., el apartado B, frac. I, señala que “El Estado garantizará a la población su integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital universal con metas anuales y sexenales”.

Por otro lado, el art. Décimo Cuarto Transitorio de dicha reforma menciona que, entre otras metas de la política pública gubernamental en materia de TIC, por lo menos 70% de todos los hogares y 85% de todas las micros, pequeñas y medianas empresas a nivel nacional, deben contar con accesos a Internet con una velocidad real para descarga de información de conformidad con el promedio registrado en los países miembros de la OCDE.

Finalmente, se señala que el Ejecutivo Federal realizará las acciones tendientes a garantizar el acceso a Internet de banda ancha en edificios e instalaciones de las dependencias y entidades de la administración pública federal, y que las entidades federativas harán lo propio en el ámbito de su competencia.

*Julio Téllez Valdés*

### 360. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

A partir de una definición operativa del derecho en estudio podemos reconstruir los componentes conceptuales que lo integran. Una definición de este tenor es la siguiente: es un derecho humano por el que las personas acceden a información pública y que puede restringirse por razones de interés público y de seguridad nacional. Los elementos intencionales o connotativos de este concepto, es decir, las notas peculiares que constituyen su núcleo intencional, son referidas a continuación.

*Es un derecho humano.* Para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNHD), los derechos humanos son un “conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes”. En una perspectiva más teórica, basándonos en la obra de Francisco Laporta, podemos señalar que un derecho humano implica la adscripción de toda persona a una posición que se considera moralmente un bien que en sí constituye una razón fuerte para protegerla normativamente mediante la imposición de deberes u obligaciones, así como la disposición de técnicas de reclamación tendentes a garantizar que prevalezca la posición de que se trate.

*Materia.* Consiste en la información pública, aquella que está en posesión de las autoridades porque la generan en el desempeño de sus competencias. La terminología constitucional de este derecho ha variado. En las reformas constitucionales de 1977 se refiere como “derecho a la información”, mientras que tras las reformas de 2007, si bien se conserva dicha locución en el primer párrafo, en el segundo párrafo se refiere como “derecho de acceso a la información”. A su vez, en la reforma de 2013 se prevé que toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, y en la de 2014 se establece un organismo garante del referido derecho. Así, conforme a la evolución normativa del artículo 6 constitucional, coexisten tres expresiones: a) derecho a la información; b) derecho al libre acceso a la información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión, y c) derecho de acceso a la información. Estas locuciones refieren un mismo derecho, unas veces señalado simple y llanamente como derecho a la información, y otras, muy pocas, en la forma que se indica en el segundo punto. Por lo que hace a la última referencia, esta es mucho más utilizada que las otras dos, es decir que a pesar de esta inconsistencia de uniformidad terminológica por parte del poder reformador, se utiliza más la locución del párrafo del apartado “A” del artículo 6 constitucional: “derecho de acceso a la información”. Esta utilización pragmática pretende resaltar que el derecho a la información es básicamente un problema de acceso a la información.

*Acceso a la información pública.* Implica dos términos: i) acceso, y ii) información pública. El primero conlleva la acción de entrar, es decir, pasar de un estado de cosas fuera de algo a un estado de cosas dentro de algo. Así, el acceso a información soporta que se está en una situación fuera de la información y se pasa a una distinta dentro de la información. En el primer supuesto no se conoce la información, mientras que en el segundo, al haber tenido acceso a ella, se está “dentro”, es decir, se puede conocer la misma. Por tanto, el acceso a la información es un proceso o actividad en la que se sabe o presupone que existe información sobre algo, pero esta no se conoce, y se pasa, por algún medio idóneo, a acceder a la información respectiva y conocerla. Hay dos formas genéricas de acceder a la información pública: i) directamente, porque la información pública esté disponible por tratarse de obligaciones de transparencia, o ii) mediante solicitud expresa cuando no se accede directamente, es decir, la información pública no constituye obligación de transparencia.

*Restricción por razones de interés público o de seguridad nacional.* Es un límite a la posibilidad de ejercer el derecho de acceso a la información y debe basarse en argumentos que lo apoyen, es decir, demostrarse que la restricción está plenamente justificada. En materia de derecho a la información, el legislador ordinario, siguiendo el parámetro constitucional establecido en el artículo 6 constitucional, apartado “A”, fracción I, ha establecido en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP) y en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP) las causales de reserva, es decir, los supuestos en los que la información debe clasificarse temporalmente como reservada por parte de la autoridad, previa aplicación de la prueba de daño (test de proporcionalidad).

Otros elementos relevantes del derecho en análisis consisten en: *a)* el papel del Estado, y *b)* los principios básicos que lo rigen. En relación con el primer elemento, a partir de las reformas constitucionales de 10 de junio de 2011, quedó indubitable y expresamente regulado en el artículo 1 constitucional que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos [...]”. El Estado mexicano cuenta con un organismo constitucionalmente autónomo (OCA), el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), con facultades constitucionales para garantizar la transparencia gubernamental y los derechos humanos a la información y a la protección de datos personales. Dicha institución, como OCA nacional, se caracteriza principalmente por su autonomía, especialización, imparcialidad, colegiación; estar dotada de personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena autonomía técnica y de gestión; además de estar facultada para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna. El INAI es responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de sujetos obligados y de particulares.

Por lo que se refiere al segundo elemento, el derecho a la información se rige por un conjunto de principios que determinan su significación, contenido y alcance. De estos destacan los siguientes: *i)* la información pública debe ser divulgada (principio de máxima publicidad); *ii)* no será necesario acreditar interés alguno o justificar la utilización de la información pública; *iii)* el acceso a la información pública es gratuito, es decir, la información generada por la autoridad no tiene costo, únicamente podrá requerirse el cobro correspondiente a la modalidad de reproducción y entrega solicitada; *iv)* los mecanismos de acceso a la información y de revisión son expeditos, y *v)* en todo momento debe preservarse la información pública (principio de preservación documental, en el que juega un papel primordial la materia de los archivos).

*Pablo Francisco Muñoz Díaz*

### 361. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha interpretado el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en el sentido de que, en el marco de la libertad de expresión, se encuentran dos ámbitos: *i)* el derecho a la información (libertad de prensa), y *ii)* el derecho de acceso a

documentos públicos. Así, el referido Tribunal de Estrasburgo, en el caso *Gutiérrez Suárez vs. España* (sentencia de 1 de junio de 2010, núm. 16023/07), estableció: “25. La prensa desempeña un papel esencial en una sociedad democrática: si bien no debe traspasar ciertos límites que se encuentran, en particular, en la protección de la reputación y los derechos de terceros, así como en la necesidad de impedir la revelación de información confidencial, le incumbe, sin embargo, comunicar, en cumplimiento de sus deberes y sus responsabilidades, información e ideas sobre todas las cuestiones de interés general 1997 - I) [...]. A su función que consiste en difundir se corresponde el derecho, para el público, de recibir. En otro caso, la prensa no podría desempeñar su papel indispensable de ‘perro guardián’ [...]. 26. Aunque la prensa no debe traspasar los límites fijados, en particular, respecto de ‘la protección de la reputación de terceros’, le incumbe sin embargo comunicar información e ideas sobre las cuestiones políticas así como sobre otros temas de interés general. Por lo que respecto a los límites de la crítica admisible, estos son más amplios respecto a un hombre político, actuando en su calidad de personaje público, que respecto de un particular. El hombre político se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos, tanto por los periodistas como por el conjunto de los ciudadanos, y debe mostrar una mayor tolerancia, sobre todo cuando él hace declaraciones públicas que se pueden prestar a crítica. Tiene ciertamente derecho a que se proteja su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero las exigencias de esta protección deben ponderarse con los intereses del debate libre de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión deben ser interpretadas de forma restrictiva [...]. 27. Por otra parte, la ‘necesidad’ de cualquier restricción al ejercicio de la libertad de expresión debe justificarse de manera convincente. Ciertamente, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales evaluar si existe una ‘necesidad social imperiosa’ susceptible de justificar esta restricción, ejercicio para el cual se benefician de un determinado margen de apreciación. Cuando se trata nada menos que de la prensa, el margen de apreciación nacional se enfrenta al interés de la sociedad democrática en garantizar y mantener la libertad de la prensa. Del mismo modo, conviene conceder una gran importancia a este interés cuando se trata de determinar, como lo exige el apartado 2 del artículo 10, si la restricción es proporcionada al objetivo legítimo perseguido [...]”.

De igual manera, en el caso *Ahmet Yildirim vs. Turquía* (TEDH, 18 de diciembre de 2012, sección 2, JUR 2012/394189), el Tribunal estableció el criterio siguiente: “Apartado 50: La libertad de expresión se refiere no solo al contenido de las afirmaciones sino también a los medios de difusión de dichas informaciones, pues toda restricción al respecto afecta al derecho a recibir y comunicar informaciones”. De este modo, para el TEDH, la libertad de expresión “no solo ampara el contenido de la información o la opinión sino el modo en que se expresa, así como el medio por el que se difunde”.

Por su parte, Jorge Antonio Climent Gallart afirma en su tesis doctoral que el TEDH mantiene una clara diferenciación entre libertad y libertad de información, dependiendo de aquello que se pretende comunicar. Para el Tribunal, son objeto de libertad de información los hechos, mientras los juicios de valor son las opiniones. Por otra parte, este autor señala que el CEDH parte de un concepto de libertad de expresión en el que se considera la liber-

tad de opinión y la libertad de información (dentro de la cual incluimos la libertad de prensa). Asimismo, el derecho a la libertad de información, como tal, incluye tanto el derecho a emitir informaciones —sobre hechos— veraces como a recibirlas.

Ante los diversos planteamientos sobre si el derecho de acceso a la información pública debía considerarse como parte del artículo 10 del CEDH, relativo a la libertad de expresión, el Tribunal Europeo resolvió en 2004 (TEDH, 64, *caso Loiseau*) que de dicho artículo “no podía abstraerse un derecho general de acceso a la información y a los documentos administrativos”. Sin embargo, en 2006 dio un cambio a su criterio jurisprudencial y afirmó que debe considerarse “que el derecho de acceso a la información debía incluirse, *de facto*, en el ámbito objeto del derecho de acceso a la información pública previsto en el artículo 10 de la CEDH”.

En relación con el acceso a la información pública, es importante referir que para 2009 se abrió para firma el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, el cual es de suma importancia, dado el poco avance doctrinal y jurisprudencial que el tema ha tenido en Europa, siendo trascendentes para el desarrollo democrático la transparencia y la actividad de las autoridades públicas, pues se manifiestan como el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos.

Sobre lo dispuesto en el artículo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que contempla la libertad de expresión y de información, Subirana señala que “en la actualidad, el derecho de acceso a la información pública se configura como un derecho fundamental, independiente de la libertad de expresión y del derecho general a recibir información previsto en el artículo 11 CDFUE estrechamente vinculado a la ciudadanía”.

*Jonathan Mendoza Iserte*

### 362. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

*Parámetro convencional.* Es un derecho fundamental protegido por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo texto establece: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de 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. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías a medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral

de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

*Parámetro jurisdiccional.* A partir de este precepto —o con mayor precisión, preceptos—, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido reconstruyendo el significado, contenido y alcance del derecho a la información. Así, en los casos siguientes encontramos cuestiones de conceptualización, contenido y alcance del mismo: *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (sentencia de 2 de julio de 2004, núm. 107); *López Álvarez vs. Honduras* (sentencia de 1 de febrero de 2006, núm. 141); *Claude Reyes y otros vs. Chile* (sentencia de 19 de septiembre de 2006, núm. 151), y *Gomes Lund y otros vs. Brasil* (sentencia de 24 de noviembre de 2010, núm. 219).

En relación con estos asuntos, basándonos en el documento “El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano”, elaborado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, de 30 de diciembre de 2009, es importante considerar que “Según ha interpretado la CIDH, el artículo 13 de la Convención Americana comprende la obligación positiva en cabeza del Estado de permitir a los ciudadanos acceder a la información que está en su poder. En este sentido, el principio 2 de la Declaración de principios establece que, ‘[t]oda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana’, y que ‘[t]odas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información’. El principio 3 de la Declaración de Principios prescribe que, ‘[t]oda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla’. Y el principio 4 de la Declaración de Principios señala que, ‘[e]l acceso a la información [...]’ es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho” (Introducción, p. 1).

De lo anterior se desprende que el derecho analizado: *a)* implica varias acciones relevantes, englobadas genéricamente en la acción “acceder”: buscar, recibir y difundir información pública; *b)* conlleva acceder de forma expedita y no onerosa, y *c)* obliga a los Estados a garantizarlo. Por otra parte, no debe perderse de vista la conexión entre el derecho a la información y la democracia. Al respecto, en el documento referido se señala: “La Asamblea General de la OEA reconoce al derecho de acceso a la información como ‘un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia’. En este sentido, todos los Estados miembros de la OEA ‘tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva’.” (p. 1, núm. 2).

*Francisco Javier Acuña Llamas*

### 363. DERECHO DE ASILO

El derecho de asilo consiste en la protección que otorga facultativamente el Estado soberano en su territorio a toda persona no nacional que sufre persecución en su país de origen, o en aquel donde antes tuviera su residencia habitual, por razones políticas, ideológicas o conexas a estas, que conciernan ciertos principios y valores democráticos; la regulación de este derecho tiene lugar en los distintos sistemas jurídicos nacionales.

El asilo en su génesis surge como una institución con un matiz netamente religioso, cuyo objetivo era ayudar y proteger a personas perseguidas por las fuerzas civiles. Por ello, en la doctrina al referirse a los orígenes del asilo se hace alusión a pasajes bíblicos e interpretaciones teológicas, más que antropológicas.

En la Grecia clásica, el asilo alcanzó un alto grado de desarrollo y fue conocido como *asylon*, que significa inviolable. Esta figura fue transmitida por la piedad popular y por tradición apostólica y patristica, en un primer momento de forma de costumbre social, que más tarde iba a adquirir naturaleza jurídica con las leyes a partir de los siglos IV y V en el ámbito eclesial y secular, manteniéndose en la cristiandad hasta en nuestros tiempos, en los que sus valores esenciales se encuentran transmutados en distintos marcos legales, tanto nacionales como internacionales.

La institución del asilo político ha tenido un desarrollo disímil en distintas regiones del mundo, por lo que actualmente conocemos dos clases de asilo de gran importancia (el territorial y el diplomático) que se identifican en las prácticas nacionales de los Estados, en especial nos referimos a los continentes europeo y americano.

La referencia más relevante sobre el asilo territorial se encuentra en la Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de la ONU del 14 de diciembre de 1967, adoptada en forma de “Declaración sobre Asilo Territorial”. Ahí se hace referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece el derecho humano a buscar asilo y disfrutar de él en cualquier país (art. 14), manteniendo como base axiológica de la institución del asilo a los principios fundamentales de la organización, tales como la paz, la seguridad y la cooperación internacional, así como el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones, con el fin de garantizar los derechos humanos.

La citada Declaración señala que el asilo territorial no debe ser considerado como un acto inamistoso entre los pueblos, que deberá otorgarse a las personas con fundamento en el ejercicio de la soberanía (art. 1o.) y no podrán invocar este derecho las personas que hayan cometido un delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad (art. 1.2). De tal forma que el derecho a buscar asilo se encuentra condicionado y podrá no ser concedido; sin embargo, cada país es libre de dispensar o no la protección.

Cabe señalar la relativa ineficacia de la comentada Declaración, en consideración a su naturaleza que carece de vínculo jurídico coercitivo, según las reglas, en estricto sentido, del derecho internacional público. Por esta razón, la ONU convocó a una conferencia en Ginebra, Suiza, del 10 de enero al 4 de febrero de 1977, de acuerdo con la Resolución 3456 (XXX) de la Asamblea General, con el propósito de adoptar una Convención sobre el asilo territorial que sí garantizara un marco mínimo de derechos de manera vinculante. No obstante, el esfuerzo fue en vano, puesto que no se pudo llegar a ningún

acuerdo formal y las expectativas sobre una nueva conferencia o adopción de un marco legal internacional sobre asilo territorial son escasas.

El asilo diplomático, por su parte, se concibe como una institución típica de América Latina, que consiste en la protección dispensada en las misiones o legaciones diplomáticas del Estado. Al igual que el asilo territorial, este tipo de asilo se concede a personas objeto de persecución política o ideológica, con la singularidad de que esa protección se otorga en las instalaciones de las embajadas o consulados de un Estado dentro del territorio de otro.

El objeto de esta institución consiste en conseguir las suficientes garantías diplomáticas por parte del Estado persecutor, a través de una especie de salvoconducto, que permita a la persona perseguida salir de su territorio sin que peligre su vida o su integridad, lo que algunos conciben como una etapa previa al derecho de asilo territorial. El asilo diplomático es también comprendido en su regulación latinoamericana como asilo político (Convenio de La Habana sobre Asilo, del 20 de febrero de 1928; modificado por el Convenio de Montevideo sobre Asilo Político, del 26 de diciembre de 1933), a diferencia de la concepción europea, en donde el asilo territorial es entendido como sinónimo del asilo político.

En Europa se considera que la protección brindada en las legaciones diplomáticas a personas que sufren persecución es una especie de “refugio temporal por razones humanitarias”, que se otorga con fundamento en el principio de “inviolabilidad en los recintos diplomáticos”, establecido en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, en su art. 22.1, y en virtud de los principios de derecho internacional consuetudinario de proteger la vida, evitar la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, pero bajo ningún concepto por vinculación jurídica al asilo diplomático, institución que carece de validez en ese continente.

De tal forma, la modalidad de asilo diplomático es entendida como una costumbre de ámbito regional latinoamericano y su marco internacional se encuentra en la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático del 28 de marzo de 1954, celebrada en el seno de la Décima Conferencia Interamericana.

La Convención de Caracas nace bajo el antiguo concepto de “extraterritorialidad”, por el cual los Estados pueden conceder el asilo diplomático en sus “territorios ficticios”. En ella se incluyen, además del recinto de la misión y la vivienda del jefe diplomático, los navíos de guerra, campamentos y aeronaves militares (art. 1o.); sin embargo, parece que en la actualidad la “extraterritorialidad” pierde sustento jurídico, en tanto que cobra mayor importancia el principio de “la inviolabilidad de la misión diplomática”. Esto significa que, bajo la concepción de “extraterritorialidad”, los recintos diplomáticos se consideran “islas absolutas de la soberanía del Estado en misión”, en el territorio de un Estado anfitrión; mientras que el principio de “inviolabilidad de la misión diplomática” sustenta que los edificios o recintos donde se encuentren las embajadas o consulados dependen parcialmente del Estado receptor. Así, mediante la adopción de leyes nacionales sobre recintos diplomáticos y consulares (caso del Reino Unido, Ley de 1987) es posible revocar el estatus diplomático de una embajada o consulado en determinadas situaciones de crisis, tales como las rupturas de las relaciones diplomáticas, en virtud de conflictos ideológicos, políticos o bélicos.

*Carlos Alberto Prieto Godoy*

### 364. DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho de asociación consiste en la libertad que tiene todo individuo para constituir con otras personas una entidad con personalidad jurídica propia, con efectos temporales estables para el cumplimiento de fines lícitos previamente establecidos y con reglas internas otorgadas en atención a los principios de autoorganización y autodeterminación asociativa. Este derecho adquiere particular relevancia en los Estados democráticos, porque las asociaciones constituyen una manifestación del pluralismo, según Häberle en *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, y tienen una función mediadora entre los gobernados y el poder público, de acuerdo con Tocqueville y su obra *La democracia en América*.

I. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL. El derecho de asociación tiene un reconocimiento tardío en el constitucionalismo —salvo en Estados Unidos e Inglaterra, donde se apreció una relación estrecha entre este derecho y las libertades de expresión y reunión—, ya que el liberalismo político decimonónico concibió al Estado, bajo la influencia de Rousseau, como una asociación política derivada de un pacto social, sin admitir estructuras o entidades intermedias entre la libertad individual y la representación política, de acuerdo con Coello Garcés en libro *El Estado democrático postnacional. Dimensiones actuales del principio de soberanía y ciudadanía*, pues, según Lucas Murillo de la Cueva y su obra *El derecho de asociación*, “se temía que pudieran fraccionar la visión directa del interés colectivo y crear una barrera innecesaria entre cada uno de los individuos y el Estado”. De ahí que este derecho no se encuentre expresamente establecido en las primeras declaraciones de derechos humanos ni en la Constitución francesa de 1791.

Con posterioridad se genera una evolución significativa del pluralismo político y de la libertad individual para el reconocimiento constitucional del derecho de asociación, como es el caso de las Constituciones de México de 1857 y 1917, de Weimar de 1919, de Austria de 1920 y de España de 1931 (con algún antecedente en los textos constitucionales españoles de 1869 y 1876), entre otras.

En el caso mexicano, este derecho se estableció de manera conjunta con el derecho de reunión en el primer párrafo del art. 9o. constitucional, que permanece incólume desde 1917, en los siguientes términos: “No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar”.

II. RECONOCIMIENTO CONVENCIONAL. En cuanto al ámbito internacional de los derechos humanos, el derecho de asociación cuenta con un reconocimiento preponderante, como puede advertirse de lo previsto en los arts. 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; en los que se establece, en esencia, que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente. De manera que, el derecho de asociación cuenta con una configuración constitucional y convencional de amplio contenido, porque comprende de manera genérica tanto el ejercicio de esta libertad, sin interferencias indebidas de la autoridad, como las diversas manifestaciones asociativas previsibles en un Estado democrá-

tico, ya sean con fines políticos, ideológicos, religiosos, laborales, sociales, económicos, profesionales, culturales, deportivos, o bien de cualquier otra naturaleza.

III. LAS VERTIENTES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN. La libertad asociativa se caracteriza, según Lucas Murillo de la Cueva, por su pluripersonalidad, que trasciende más allá del ámbito de la individualidad de los derechos. Asimismo, esta libertad se distingue por su carácter instrumental para el cumplimiento de otros fines, ya que a partir de este derecho se concretan, por ejemplo, la participación política de los ciudadanos a través de agrupaciones o partidos políticos; la defensa de derechos laborales en los sindicatos; el ejercicio de la libertad religiosa y el libre desarrollo de las expresiones culturales en asociaciones de esta índole; entre otros.

Debido a estas particularidades, es posible identificar diversas vertientes del derecho de asociación, tales como: *a)* el derecho a constituir asociaciones o la libertad fundacional de una asociación, como dimensión básica de este derecho; *b)* el derecho a incorporarse a asociaciones previamente constituidas, que consiste en la libertad positiva o activa que tiene todo individuo para asociarse a determinada entidad con fines lícitos; *c)* el derecho a no asociarse; es decir, la libertad negativa o de la no pertenencia a una asociación, lo que implica una prohibición a la afiliación o sindicación obligatoria; *d)* el derecho a abandonar una asociación, que significa la libre manifestación de la voluntad de separarse de una entidad o agrupación específica; *e)* la libertad de autoorganización y autodeterminación para definir el funcionamiento interno de la asociación, con la posibilidad de dotarse de sus propias normas estatutarias, sin injerencias externas o gubernamentales, y *f)* el derecho de los asociados frente a la asociación, que genera la posibilidad de disentir respecto a las decisiones de los órganos de dirección o estar en aptitud de controvertir sus actos, así como el reconocimiento de medios idóneos para la salvaguarda de los derechos de los asociados, y de su garantía de audiencia y legítima defensa, de acuerdo con Sauca Cano y su escrito “Artículo 22 de la Constitución española: el derecho de asociación”, como ocurre con el derecho de los afiliados en los partidos políticos.

IV. LÍMITES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES. De lo previsto en el art. 9o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de los referidos textos internacionales se advierte que el ejercicio de este derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas en la Constitución y en la ley, siempre y cuando sean necesarias en una sociedad democrática, como es el caso de la prohibición de la ilicitud de sus fines, o por razones de orden público, para proteger la salud, la moral o los derechos de terceros, y en materia política, únicamente pueden ejercer el derecho de asociación quienes tengan el estatus de ciudadano.

V. DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y DE REUNIÓN. La nota esencial que distingue a estos derechos, conforme a lo estipulado por Carbonell en el libro *Los derechos fundamentales de México*, es que la libertad asociativa tiene efectos temporales extendidos, y no se agota mientras físicamente se encuentran reunidas determinadas personas, porque en la asociación se crea una entidad con personalidad jurídica distinta a la de sus asociados, lo que le otorga una mayor temporalidad y permanencia.

*Clicerio Coello Garcés*

### 365. DERECHO DE ASOCIACIÓN (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

La jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México considera que la libertad de asociación es un derecho fundamental indispensable en todo régimen democrático, porque propicia el pluralismo político y la participación de la ciudadanía en la formación y control del gobierno (Jurisprudencia P./J.54/2009). También estima que se trata de un derecho complejo compuesto por “libertades de índole positiva y negativa que implica, entre varias cuestiones, la posibilidad de que cualquier individuo pueda establecer, por sí mismo y junto con otras personas, una entidad con personalidad jurídica”, cuya finalidad lícita sea de la libre elección de los asociados (Tesis 1a. LIV/2010).

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el derecho de asociación previsto en el art. 9o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos opera en tres posibles direcciones: a) como derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; b) como derecho a permanecer en la asociación o renunciar a esta, y c) como derecho a no asociarse. Por lo que concluye la Suprema Corte de Justicia de la Nación que imponer en la ley una obligación a los comerciantes e industriales a que se afilien a una cámara en específico vulnera este derecho fundamental (Jurisprudencia P./J.28/1995).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español considera que el derecho de asociación constituye la facultad de unirse con otros libremente para estructurar una agrupación sin injerencia estatal (STC 67/1985), para lo cual cuenta con la potestad de autoorganización, que comprende desde la aprobación de sus estatutos hasta la expulsión de los asociados, de manera que “quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos” (STC 218/1988).

I. RESTRICCIONES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN. Con relación a las limitaciones de este derecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que no se vulnera la libertad de asociación cuando se precisan en la ley requisitos razonables para su registro; por tanto, pueden preverse requerimientos legales a efecto de “salvaguardar los intereses colectivos que se persiguen con su establecimiento” (Tesis P. CXXV/2000). Sin embargo, estima que son contrarias a la Constitución Política las restricciones injustificadas e indebidas a la libertad de asociación; por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se limite a un individuo a pertenecer únicamente a una asociación, como puede advertirse de la tesis aislada de rubro: “Libertad de asociación y principio de igualdad. La imposibilidad de que un individuo pertenezca a más de un colegio de profesionistas es inconstitucional” (Tesis 1a. LIII/2010); o en los casos en los que se restrinja la existencia de un número determinado de asociaciones, como lo prevé la tesis aislada de rubro: “COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5O. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL LIMITAR A CINCO EL NÚMERO MÁXIMO DE COLEGIOS SUSCEPTIBLES DE CONSTITUIRSE POR CADA RAMA, VULNERA LA GARANTÍA DE IGUALDAD, EN RELACIÓN CON LAS DE LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN” (Tesis 1a. CCXXXVII/2007).

II. RELACIÓN Y DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y DE REUNIÓN. El derecho de reunión mantiene una estrecha relación con el de asociación,

porque estos derechos tienen un carácter instrumental para lograr determinados fines, y convergen en la concreción de otros derechos fundamentales, como los de participación política, libertad sindical, libertad religiosa o libertad de expresión. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional establece que “la diferencia sustancial entre ambos derechos es que la libertad de asociación implica la formación de una nueva persona jurídica, con efectos jurídicos continuos y permanentes, mientras que una simple congregación de personas se caracteriza por una existencia transitoria cuyos efectos se despliegan al momento de la reunión física de los individuos” (Tesis 1a. LIV/2010).

**III. DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICA.** En el ámbito político, únicamente los ciudadanos tienen derecho de asociarse para participar o formar parte en los asuntos públicos, en atención al carácter restrictivo del estatus de ciudadanía, concebido bajo la perspectiva tradicional del Estado nacional (Coello Garcés: 2013, 185). Al respecto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación prevé en su Jurisprudencia 25/2002, que el ejercicio del derecho de asociación en materia político-electoral consiste en que los ciudadanos pueden formar partidos y agrupaciones políticas, cumpliendo con los requisitos que se establecen en la ley; por lo que el ejercicio de esta libertad en materia política “está sujeta a varias limitaciones y una condicionante: las primeras están dadas por el hecho de que su ejercicio sea pacífico y con un objeto lícito, mientras que la última circunscribe su realización a los sujetos que tengan la calidad de ciudadanos mexicanos”.

En esta materia, el derecho de asociación tiene una vertiente de gran trascendencia para la participación política de los ciudadanos, como es el caso del derecho de afiliación partidista, que comprende no solo la potestad de formar parte de un partido político o de una agrupación política, sino también la de conservar su afiliación, incluso la de no afiliarse a estos o desafiarse libremente (Jurisprudencia electoral 24/2002). En ese sentido, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación considera que en el control de la constitucionalidad y legalidad de los estatutos de los partidos políticos deben armonizarse dos principios que se encuentran inmersos en el derecho de asociación; por una parte, la libre afiliación partidista de los ciudadanos y, por otra, la libre autoorganización del partido político como entidad de interés público (Tesis electoral VIII/2005).

**IV. MEDIDAS COMPENSATORIAS EN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN.** A efecto de privilegiar el ejercicio del derecho de asociación, el órgano jurisdiccional en materia electoral considera que cuando los integrantes de comunidades indígenas soliciten el registro de un partido político, las autoridades electorales deben adoptar las medidas compensatorias y adecuadas para maximizar su derecho de asociación y participación política, como puede advertirse del criterio interpretativo que integra la tesis de rubro: “COMUNIDADES INDÍGENAS. DEBE MAXIMIZARSE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE REGISTRO DE PARTIDOS POLÍTICOS” (Tesis electoral XXXI/2012).

*Clicerio Coello Garcés*

### 366. DERECHO DE ASOCIACIÓN (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que el aspecto más importante del derecho de asociación es que los ciudadanos son capaces de crear una entidad legal para actuar colectivamente en un ámbito de interés mutuo,

lo que le otorga a este derecho un sentido práctico (sentencia Gorzelik y otros *vs.* Polonia, 2001, §55), y no obstante que es una libertad autónoma con una esfera específica de aplicación, también constituye un medio adecuado para el ejercicio de las libertades de pensamiento, de conciencia, de religión y de expresión de las ideas (Sentencias Ahmed *vs.* Austria, 1998, §70 y Chassagnou y otros *vs.* Francia, 1999, §57).

I. RECONOCIMIENTO EN EL CONVENIO EUROPEO. Este Tribunal considera que el derecho de asociación es inherente al art. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, aunque este precepto haga referencia expresa a los sindicatos, ya que reconoce de manera genérica a la libertad asociativa, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”.

II. INTERPRETACIÓN DE LOS LÍMITES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que si bien los Estados tienen la potestad de valorar si los objetivos y actividades de una asociación son conformes a sus leyes nacionales, también lo es que “deben hacerlo de una manera que sea compatible con sus obligaciones dimanantes del Convenio y que están sujetos a la fiscalización de este Tribunal” (sentencia Sidiropoulos y otros *vs.* Grecia, 1998, §40). De manera que la libertad de asociación no es absoluta y en determinados supuestos se acepta la imposición de límites, siempre y cuando estas restricciones tengan por objeto proteger otros derechos reconocidos en el referido Convenio y se acredite la “necesidad social apremiante” para justificar la intervención a este derecho (sentencia Otto-Preminger Institut *vs.* Austria, 1994 §§47 y 50). En ese tenor, este órgano jurisdiccional europeo precisa que el único motivo suficiente para justificar una restricción es aquella que tiene su origen en una sociedad democrática; por tanto, el término “necesidad social apremiante” no tiene la flexibilidad de las expresiones útil o deseable, pues “la democracia no significa simplemente que el punto de vista de la mayoría siempre tenga que prevalecer. Debe conseguirse un equilibrio que asegure el trato justo de las minorías y que evite cualquier abuso de una posición dominante” (sentencia Young, James y Webster *vs.* Reino Unido, 1981, §63).

III. LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA EN EUROPA Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN. Los fundamentos de la defensa de la democracia y del Estado constitucional han generado que en diversos países europeos se hayan disuelto asociaciones o declarado inconstitucionales partidos políticos bajo el argumento de que estos sostienen una doctrina contraria al sistema democrático, ya sea por promover el nacionalismo racista o xenófobo, tener vínculos con el terrorismo o pretender el establecimiento del islamismo extremista a través del *djihad* o guerra santa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conocido diversos casos vinculados con la ilegalización de partidos políticos, entre los que destacan particularmente los promovidos contra Turquía, como son los siguientes:

1. *Sentencia del Partido Comunista Unificado contra Turquía, del 30 de enero de 1998.* En este caso, el Tribunal observó que el partido político fue disuelto antes de haber iniciado sus actividades, y, por ende, tal medida fue adoptada solo sobre la base de sus estatutos, con lo cual la disolución fue una medida desproporcionada que no resultaba necesaria en una sociedad democrática,

ya que el solo hecho de utilizar en su denominación el término “comunista” no es suficiente para declarar inconstitucional una asociación política.

2. *Sentencia del Partido de la Libertad y de la Democracia contra Turquía, del 8 de diciembre de 1999.* En este asunto, el partido reivindicaba el reconocimiento del derecho a la autodeterminación del pueblo kurdo y denunciaba la opresión de esta minoría, cuestión que instó a su disolución, por considerar que su programa atentaba contra la integridad territorial y la unidad de la nación. El Tribunal Europeo estimó que el partido político no proponía un llamamiento a la violencia o alguna forma de rechazo a los principios democráticos, sino que insistía en la necesidad de realizar su proyecto político respetando las reglas democráticas, con una solución pacífica al conflicto histórico de esa minoría nacional (Rollnert: 2000, 153).

3. *Sentencia del Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía, del 31 de julio de 2001.* Este asunto marca un punto de inflexión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la disolución de partidos políticos. Esta organización política fue declarada ilegal en ese país, bajo la acusación de haberse convertido en un centro de actividades contrario a los principios constitucionales y al laicismo, por promover la doctrina del islam extremista y por pugnar por la instauración de un régimen jurídico religioso conocido como *Sharia*.

El Tribunal Europeo sentenció que la disolución de este partido político no vulneró el art. 11 de la Convención, porque las posiciones del *Refah Partisi* formaban una imagen clara del modelo de Estado que este partido concebía de acuerdo con reglas religiosas, por lo que su proyecto político no era teórico ni ilusorio, sino realizable. Por lo anterior, estimó que el Estado de Turquía sí podía razonablemente evitar la ejecución de un proyecto político incompatible con las normas de la Convención. Por tanto, consideró que la disolución de este partido no fue desproporcional a los fines legítimos perseguidos, porque respondía a la “necesidad social apremiante” de preservar el Estado laico y democrático (sentencia *Refah Partisi* y otros *vs.* Turquía, 2001, §§80 y 82).

*Clicerio Coello Garcés*

### 367. DERECHO DE ASOCIACIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La Corte Interamericana ha considerado que todos los individuos que estén bajo la jurisdicción de los Estados miembros tienen derecho a agruparse con otras personas para la realización de un fin lícito, sin la intervención indebida de las autoridades que limiten este derecho o desnaturalicen el ejercicio de la libertad asociativa (caso *Escher y otros vs. Brasil*, 2009). Ello, en atención a lo previsto en el art. 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”.

I. DIMENSIÓN POSITIVA Y NEGATIVA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sostuvo que la libertad de asociación tiene una dimensión positiva y una vertiente negativa, ya que por una parte reconoce el derecho de formar asociaciones, y por otra, la libertad de todas las personas a no agru-

parse a una organización específica, de manera que ningún individuo puede ser obligado a asociarse a una corporación.

II. DERECHO DE ASOCIACIÓN POLÍTICA. El art. 16.1 de la Convención prevé el ejercicio legítimo del derecho de asociación en materia política, bajo la premisa de que en un sistema democrático debe protegerse la libertad asociativa de todos los ciudadanos, inclusive de los que integran las agrupaciones de oposición, ya que sin estas no es posible el logro de acuerdos que atiendan las diferentes visiones que prevalecen en el contexto social (Silva: 2012, 372).

Por lo que en una sociedad democrática la participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos debe ser garantizada por los Estados miembros, mediante normas y prácticas que permitan el acceso a los espacios deliberativos en condiciones de igualdad, así como a través de medidas que promuevan su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales (caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, 2010).

III. LIBERTAD SINDICAL. El derecho de asociación en materia laboral consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna y programa de acción sin la intervención indebida de las autoridades, para lo cual cada trabajador está en libertad de determinar, sin coacción alguna, si desea o no formar parte del sindicato. En ese sentido, la Corte Interamericana estima que la libertad sindical reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores, y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos; de ahí que la protección a este derecho trascienda a la inviolabilidad de los espacios físicos o locales en los que desempeñan sus actividades. Por esta razón, las autoridades únicamente pueden acceder a las instalaciones sindicales mediante autorización judicial (caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, 2001); de lo contrario se disminuiría la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la defensa de sus intereses (caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz *vs.* Perú, 2007).

IV. RESTRICCIONES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN. El art. 16.2 de la Convención establece que el ejercicio de este derecho “solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”. Al respecto, la Corte Interamericana ha precisado que la expresión “ley” no debe ser utilizada como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a considerar que una disposición emitida por el poder público, con carácter general, puede restringir derechos fundamentales. De manera que este vocablo recobra un “sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia de los poderes en la esfera de los derechos y libertades de las personas” (caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, 2001).

Es decir, las restricciones al derecho de asociación deben estar previstas en los ordenamientos constitucionales, o a través de la delegación expresa en la Constitución, para que el órgano Legislativo lleve a cabo la regulación de este derecho, siempre y cuando las limitantes sean necesarias en una sociedad democrática y se establezcan en aras de la seguridad nacional o el orden público.

*Clicerio Coello Garcés*

### 368. DERECHO DE EXCEPCIÓN

I. CONCEPTO. La excepción es un derecho procesal, que sirve como medio de defensa y que pueden invocar las partes, para enervar la demanda sin entrar al fondo del asunto. Esta categoría procesal en el derecho civil, frecuentemente ha servido para alargar los procesos. En cambio, en las acciones de garantía (acción de amparo y acción de cumplimiento en el Perú), es para proteger tales procesos, pero evitando su larga duración, teniendo en cuenta el carácter sumario de los mismos.

II. LA EXCEPCIÓN EN MATERIA CONSTITUCIONAL. Creemos que las excepciones que pueden funcionar son las siguientes:

1. *Por la naturaleza de la acción.* Sería el caso que se demanda para proteger un derecho informático, empleando la acción de amparo o la acción de cumplimiento para proteger un derecho constitucional, que corresponde a una acción de amparo. En la práctica resultará más efectivo, declarar improcedente la demanda.

2. *Excepción de cosa juzgada.* El art. 6o del Código Procesal Constitucional señala que “En los procesos constitucionales solo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncia sobre el fondo”.

Esta excepción procede cuando sobre la misma materia y seguida entre las mismas personas, la sentencia definitiva ha quedado firme, por lo que no procede que se vuelva a iniciar por la parte perdedora la acción; sin embargo, se viene discutiendo y tratando de poner en práctica una acción de amparo contra amparo.

3. *Excepción de prescripción.* Sería el caso de que alguien formule una demanda de acción de amparo. Ahora, de acuerdo al Código Procesal peruano, simplemente se le denomina “plazo de interposición de la demanda”. Dicho plazo concluye a los treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena que se cumpla lo decidido. Y cuando los actos son continuos, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.

III. EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS. Es importante hacer referencia al trámite de este medio de defensa procesal.

En principio, las excepciones en materia de procesos comunes (civil, penal, laboral), en la mayor parte de casos se emplean como medios dilatorios por parte de los demandados. En cambio, en materia constitucional, tanto por la materia que se discute —derechos constitucionales— y por tratarse de procedimientos sumarios, no se permite que el trámite de las excepciones recorra todas las instancias. Por eso el art. 10 del Código mencionado establece: “Las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal. No procede en el proceso de Hábeas Corpus”.

IV. LAS COMPETENCIAS Y LAS EXCEPCIONES. Es un tema que en la práctica cabe tenerlo en cuenta. En efecto, cuando se trata de una demanda de hábeas corpus, es competente un juez penal de la provincia donde se ha cometido el agravio. Y cuando se trata de las acciones de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, hay tres alternativas de competencia: el juez civil de turno de la provincia donde se encuentra el domicilio del demandado, o el juez civil de turno de la provincia donde tiene su domicilio el demandado, o el juez civil de la provincia donde se ha producido el agravio.

Por consiguiente, si cualquiera de estas acciones se presentaran ante un juez no competente, lógicamente el demandado podría deducir una excepción en relación con la competencia.

*Victor Julio Ortecho Villena*

### 369. DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El derecho humano de la “igualdad ante la ley” puede ser un *principio* o un *valor*, con el carácter de una condición general de validez. Su construcción se basa en la interpretación de los tribunales constitucionales, contenido en las jurisprudencia donde la norma se contrasta con la realidad para llegar a la *igualdad material*, de acuerdo con las necesidades del contexto y de los casos que se tiene que decidir, para lo cual se emplean los conceptos de necesidad, racionalidad y proporcionalidad en medios y fines.

El Tribunal Constitucional Español, en jurisprudencia 8/1983, del 18 de febrero, pronunció: “Si a tal conclusión se llegara, se estaría desconociendo el *valor superior* que en el régimen democrático tiene el *principio de igualdad* básica de todos los ciudadanos y de lo que esto supone en orden a la supresión de toda desigualdad de trato. La *igualdad* se configura como *valor superior* que, con una eficacia trascendente de modo que tal situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con los valores que la constitución como norma superior proclama”. La igualdad, como valor, es un regulador, y no una forma concreta de vida; más bien es una medida abstracta. Y en la óptica normativa, la igualdad como principio, no es una descripción universal de la realidad; es una directriz genérica referida al tratamiento de la identidad entre sí de la realidad humana.

Los parámetros de enjuiciamiento en la vulneración del “principio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley”, el TC español, en resolución, 49/1982, del 14 de julio, señaló: “La regla general de la igualdad contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad de trato dado por la Ley o igualdad ante la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio Poder Legislativo, pero es, asimismo, igualdad en la aplicación de la ley, lo que implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, debe de ofrecer para ello una fuente suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley, cuando esta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la cual se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que coherencia con el principio de coherencia de los órganos encargados de la aplicación cuando estos son órganos jurisdiccionales”. Se infiere que el respeto y no vulneración del principio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales; sin embargo, la misma sentencia otorga un parámetro permisivo para apartarse del precedente, pero tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Además, en sentencia del TC español 66/1987, del 21 de mayo, se establece la visión donde se exige el juicio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley, así: 1. Reitera el carácter vinculante del principio de igualdad respeto de los jueces y tribunales de justicia, los cuales; 2. No pueden apartarse arbitrariamente del sentido de sus decisiones, en caso de que lo hagan, y 3. Deberán aportar una fundamentación suficiente y razonable.

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia del 8 de abril de 1985, Rol No 28, establece que “La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser igual para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficiaren o graven a otros que se hallan en condiciones similares. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”.

Es este orden, encontramos la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, caso “Empresa Singer”, noviembre de 1995: “El hecho de pertenecer a un sindicato no puede dar origen a la discriminación en materia de sueldos y prestaciones sociales. No resulta justificado ni legitimado el trato diferenciado que se da a una u otra clase de trabajadores. Es más, podría pensarse que el origen de la discriminación se centra en la pertenencia de algunos trabajadores al sindicato”.

Por su parte, el criterio sostenido por la Corte Suprema chilena, en sentencia del 15 de junio de 1988, donde establece “la igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que tenga una justificación racional”.

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia 144, de 1988, establece lo siguiente: “El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.

En otro plano, en el de aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que esta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de

las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas”.

Las ideas construidas en la doctrina jurisprudencial, donde se crearon los principios como la razonabilidad y la proporcionalidad entre medios y fines. El *principio de proporcionalidad* es el criterio para determinar el principio de igualdad, lo que implica que un privilegio a favor solo sería admisible constitucionalmente, de existir una “razón suficiente” que lo justificara. Además, el “concepto de proporcionalidad” comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectado por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin; es decir, que el principio satisficiera por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. Los principios logran la “igualdad ante la ley”, lo que a su vez permite aproximarse a la “igualdad material”, derivado de la interpretación de la realidad humana.

*Isidro Mendoza García*

### 370. DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho fundamental a la igualdad ante la ley debe ser estudiado en su relación con otros derechos humanos contenidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, lo que hace necesario enunciar los derechos que contempla el Convenio, y se hace a la luz de la jurisprudencia que ha generado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Convenio garantiza el derecho a la vida (art. 2o); prohíbe la tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 3o); la esclavitud o servidumbre, así como los trabajos forzados (art. 4o); reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad y los derechos del detenido (art. 5o), y el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia (art. 6o); prohíbe la retroactividad de la ley penal (art. 7o); protege la vida privada y familiar (art. 8o); las libertades de pensamiento, conciencia y religión (art. 9o); de expresiones e información (art. 10); de reunión pacífica, de asociación y de sindicalización (art. 11); reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (art. 12); garantiza el derecho de toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados, 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 (art. 13); finalmente, el derecho al disfrute de tales derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, o cualquier otra situación (art. 14).

En el sistema del Convenio, el derecho a la no discriminación no es por tanto un *derecho autónomo*, ya que el art. 14 protege el derecho a no ser discriminado *en el goce de alguno de los derechos reconocidos en el convenio*, los cuales previamente fueron enunciados. La igualdad, como principio fundamental, solo se puede entender a través de la jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo

en relación con la configuración del principio de la igualdad de género, referida a la prohibición de discriminación por diversas circunstancias, entre las que se incluye el sexo, que refleja una porción de la realidad interpretada en materia de igualdad, por el Tribunal.

Dos casos paradigmáticos de la discriminación por razón de sexo son el *Siliadin vs. Francia* (Demanda 7331/01), del 26 de julio de 2005, y el *Rantsev vs. Chipre y Rusia* (demanda 25965/04), del 7 del enero de 2010. Los dos casos señalados se referían a situaciones de explotación en las que las víctimas prioritarias eran mujeres y niñas, mostrándose en los hechos presentados unos fenómenos ampliamente feminizados.

En el primer caso la demandante ante el TEDH, procedente de Togo, tenía la edad de 20 años y desde los 15 había realizado trabajo doméstico en Francia. El Comité contra la Esclavitud Moderna, en el proceso judicial se reclamó, que había sido sometida a las prácticas prohibidas por el art. 4o. el CEDH. En segundo caso, quien presentó la demanda ante el TEDH fue el padre de la señora Oxana Raanseva, porque había fallecido en circunstancias extrañas en Chipre. La joven rusa llegó a Chipre para trabajar como artista en un cabaret el 5 de marzo de 2001. Las circunstancias estaban relacionadas con las redes de prostitución. En la demanda se solicitó que se considerara vulnerado el art. 4o. del CEDH. En ambos casos el THDH determinó que se enfrentaba a nuevas formas de esclavitud, que tienen como objeto prioritario la explotación de mujeres y niñas, y que incluyen necesariamente un sistema de tráfico internacional de seres humanos. Los datos del Tribunal señalaron que tanto el tráfico con fines de esclavitud doméstica como el destinado a explotación sexual suponen un fenómeno claramente feminizado, aunque los Estados habituales de procedencia de las mujeres variaban en una tipología y en otra, ambas son violaciones al art. 4o. del Convenio.

La discriminación por razón de sexo, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reyno Unido* (demanda 9214/80; 9473/81; 9474/81), del 28 de mayo de 1985. Las demandantes eran titulares de un permiso de residencia en Reino Unido, y pretendían la reunificación familiar con sus cónyuges y prometido a través de la solicitud de un permiso de residencia para ellos. La legislación británica no aceptaba la reunificación en el caso de mujeres residentes, aunque sí lo hacían cuando el residente legal era varón. El Tribunal señaló violación al art. 8, puesto que el Estado no estaba obligado a reconocer la agrupación familiar, pero sí del art. 14 debido a que la forma en la que se producía la regulación nacional en este ámbito suponía una discriminación por razón de sexo, en el disfrute del derecho a la vida familiar de las demandantes.

El Tribunal ha declarado que la aplicación del art. 14 resultaba subsidiaria con relación a la aplicación de los artículos sustantivos, de forma que si se señalaba la vulneración de estos últimos no era necesario examinar si existía una causa de discriminación. El caso *Airey vs. Irlanda* (demanda 6289/73), del 9 de octubre de 1979. A la demandante, de nacionalidad irlandesa y sin recursos, se le negó la ayuda judicial en la interposición de una demanda contra su marido, del que recibía maltratos. El Tribunal consideró que había violación del derecho a un proceso, recogido en el art. 6, y del derecho al respeto a la vida familiar, recogido en el numeral 8, pero rechazó considerar la alegación de discriminación conforme al art. 14, por entender que el caso quedaba concluido con estas consideraciones.

El caso *Rasmussen vs. Dinamarca*, del 28 de diciembre de 1984. El demandante objetaba la legislación danesa que limitaba los plazos del padre para ejercer una acción de determinación de paternidad, mientras que no se limitaba este derecho de la madre. El Tribunal estimó en este caso que el fin pretendido era legítimo, ya que se hacía en beneficio del interés del hijo, de forma que no se había transgredido el principio de proporcionalidad en el margen de apreciación del Estado.

El caso *D.H. y otros vs. la República Checa* (demanda 57325), del 13 del noviembre de 2007, el cual, aunque no referido a la discriminación por razón de sexo, resulta especialmente de utilidad en este ámbito. El asunto al que venía referido mostraba cómo se escolarizaba a alumnado gitano en centros para alumnos con dificultades de aprendizaje, sin que se les hubiera hecho pruebas de capacidad intelectual. El Tribunal señaló que debía considerarse la vulneración del art. 14 podría probarse indiciariamente por parte de quien alega la discriminación, utilizando, incluso, datos estadísticos.

El caso *Thlimmenos vs. Grecia* (demanda 344369/97), del 6 de abril de 2000. El demandante no podía acceder a un puesto de contable por tener antecedentes penales que provenían de su negativa a cursar el servicio militar por razones religiosas. El Tribunal consideró la vulneración del art. 14 en relación con el 9o., sobre libertad religiosa, por entender que debía distinguirse entre las causas de los antecedentes penales. Lo más trascendente de este pronunciamiento es que el órgano judicial añadió que debía considerarse vulnerado el art. 14 cuando los Estados, sin justificación razonable, no aplican un trato diferente a situaciones diferentes.

El análisis del derecho humano. Del derecho a la igualdad ante la ley, al tenor de los pronunciamientos contenidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, se ha establecido la necesidad de estudiar el principio, relacionándolo con los derechos fundamentales contenidos en el Convenio Europeo, en razón de no tener autonomía propia el art. 14 del Convenio, donde se contiene el derecho fundamental a la no discriminación y proscribire la prohibición de la desigualdad.

*Isidro Mendoza García*

### 371. DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La idea del principio de igualdad es analizada bajo la óptica de derecho humano, que se ha ido construyendo a través de las interpretaciones contenidas en la jurisprudencia y en opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esencialmente el principio de igualdad ante la ley, contenido en el art. 24 de la Convención Americana, relacionando principios como igualdad y no discriminación, y el principio de protección igualitaria.

El principio de *igualdad ante la ley*, caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. La obligación de los Estados de garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Los derechos se garantizan, al interpretar y aplicar su norma interna. Los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.

El caso *Yatama vs. Nicaragua*, bajo el *principio de protección igualitaria y efectiva de la ley de la no discriminación*, ha consagrado la evolución del derecho internacional. El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. El principio adquiere un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el derecho interno; se trata de un principio imperativo. Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias; además, establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. El Estado debe generar condiciones y mecanismos óptimos para esos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

La Corte, en la opinión consultiva 18, de 2003. Los Estados partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos en ella consagrados. Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias. Los graves males de nuestros tiempos —el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado— nada justifica tratar a ciertas personas con menoscabo del principio fundamental de la igualdad y no discriminación, que además informa y conforma el derecho a la igualdad ante la ley.

El caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inspección tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana.

El caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. En relación con esa situación de desigualdad, es pertinente recordar que existe un vínculo indisoluble entre las obligaciones *erga omnes* de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, el cual posee carácter de *jus cogens* y es fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno e impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones.

El caso *López Álvarez vs. Honduras*. La Corte ha reiterado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir prácticas discriminatorias y adoptar las medidas necesarias para asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

El caso de la Comunidad Indígena *Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicos en general, para que el

derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginación y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.

El caso Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú. En pronunciamiento acerca de la igualdad ante la ley, la Corte ha dejado claramente establecido que el principio de igualdad y no discriminación no sufre lesión o merma cuando se brinda trato diferente a personas cuya situación lo justifica, precisamente para colocarse en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas. La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad, deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes, que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación.

El caso Pueblo Saramaka *vs.* Suriname. El Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley. En conclusión, el pueblo Saramaka es una entidad tribal distinta que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. El pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con objeto de asegurar el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley.

En general, se puede inferir que el derecho fundamental de la igualdad, que ha ido construyendo la Corte en sus precedentes, ha protegido la igualdad ante la ley, el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley de la no discriminación, el principio de derecho imperativo de protección igualitaria. Todos ellos han implicado que los Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte se obliguen a no tener normas de desigualdad y, en consecuencia, de discriminación; a grupos, individuos por cuestión de lengua, raza o género, y de realizar todas las medidas necesarias para construir la igualdad, no solo formal, sino material, de la igualdad ante la ley.

*Isidro Mendoza García*

### 372. DERECHO DE LA NIÑEZ A LA PARTICIPACIÓN

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación encuentra su fundamento en el derecho de acceso a la justicia y en el principio de no discriminación. Este derecho está explícitamente reconocido en las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (2005/20), aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. Se ha desarrollado a partir del derecho de todos los niños a ser escuchados, consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, “la Convención”).

Esta prerrogativa consiste en el derecho de todo niño, niña o adolescente a expresar sus opiniones libremente y en sus propias palabras, además de contribuir en las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas dentro de cualquier procedimiento judicial. Subsecuentemente, sus puntos de vista deberán ser tomados en consideración según su edad, madurez y la evaluación de sus capacidades.

El Comité sobre los Derechos del Niño (órgano facultado para la interpretación de la Convención) señaló, en la Observación general 12 (2009), que el art. 12, párrafo primero de dicho instrumento, refleja la condición jurídica y social de la persona menor de edad, quien por un lado carece de la plena autonomía del adulto, pero por el otro es sujeto de derechos. Según el Comité, el derecho de todos los niños a ser escuchados es uno de los cuatro principios de la Convención, y que el mismo debe tomarse en cuenta para la interpretación y respeto de todos los demás derechos. El mismo numeral pone en manifiesto que el niño tiene derechos que no están únicamente basados en su vulnerabilidad o dependencia de los adultos. De esto se deriva la expresión “tres pes” en relación con la Convención: provisión, protección y participación.

Asimismo, en esta observación general, el Comité distinguió entre la esfera individual y colectiva del derecho a ser escuchado. La esfera individual comprende el derecho de cada niño, y la social es aplicable a un grupo de niños; por ejemplo, niños migrantes, niños de un país o niños con discapacidades.

El art. 12 de la Convención establece que se deberá garantizar el derecho a la participación del niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”; este criterio no debe verse como una limitación, sino como una obligación del Estado de evaluar las capacidades de la persona menor de edad para formarse su propia opinión. La Convención no establece una edad para el ejercicio de este derecho, sino que se debe atender a las características propias de la infancia. Esta aseveración se basa en los resultados de estudios que han demostrado que los niños pueden formarse una opinión aun cuando no la puedan expresar verbalmente, por lo que otros medios de expresión toman importancia, como el juego, la expresión corporal, el dibujo, etc.

Respecto a las cuestiones sobre las que se deben tomar en cuenta las opiniones del niño, niña y adolescente, la Convención establece de manera amplia “en todos los asuntos que afecten al niño”. Ello también implica los asuntos sociales y comunitarios.

Además, las opiniones del niño se deben tomar en cuenta; no es suficiente únicamente escucharlas, sino también considerarlas seriamente con base en la capacidad del menor de edad. La edad no es criterio para determinar la trascendencia de las opiniones del niño. El desarrollo personal de los niños, niñas y adolescentes se ve marcado por sus experiencias, entorno social y cultural. Por ello, sus opiniones tienen que evaluarse por medio del examen caso por caso. Asimismo, las facultades de la persona menor de edad pueden variar dependiendo del derecho a ejercerse, por lo que el nivel de protección, participación y oportunidades variará en la toma de decisiones. Todos los niños son capaces de expresar su opinión, sin importar su edad o sus capacidades cognitivas; sin embargo, cuando se tomen en cuenta sus opiniones se deberá “aplicar un umbral de competencia más elevado”. En cuanto más mayor de edad y de capacidad es el niño, más se debe tomar en cuenta su opinión. Para

ello se han identificado cuatro niveles de participación en el proceso decisivo: 1) ser informado; 2) expresar una opinión informada; 3) lograr que dicha opinión sea tomada en cuenta; 4) ser el principal responsable o corresponsable de la toma de decisiones. Consecuentemente, los adultos son quienes toman la decisión, pero con influencia de las opiniones del niño.

El derecho a la participación del niño consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños establece que el niño debe ser escuchado dentro de los procedimientos judiciales o administrativos que lo afectan. Por ejemplo, en procedimientos de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica. El entorno para garantizar la participación del niño no debe ser hostil, intimidatorio, insensible o inadecuado para su edad. Según el Comité, se debe prestar especial atención al suministro y transmisión de información adaptada a los niños, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

En conclusión, el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes es un derecho absoluto, ya que parte del supuesto de autonomía de todos los individuos, independientemente de su madurez física o biológica, que si bien se debe evaluar caso por caso la capacidad del sujeto para expresar su opinión. Todos los derechos incluidos en la Convención son válidos para cualquier niño, independientemente de sus facultades.

*Carlos Pérez Vázquez*

### 373. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA

Se trata de un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales reconocido por múltiples instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las Declaraciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de 2007, y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de 2015, y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios que se deriven de su utilización, de 2014.

Dicho derecho ha sido reconocido en pronunciamientos de los organismos especializados de la ONU en materia de derechos humanos (comités temáticos, relatorías, etc.) y en informes y sentencias emitidas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido contemplado además en las salvaguardias de los bancos multilaterales más importantes y en los estándares autorregulatorios del sector corporativo. Los instrumentos internacionales de mayor relevancia en la materia son el Convenio 169 de la OIT —que al ser un tratado tiene el mayor grado de obligatoriedad hacia los Estados— y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas —que sistematiza los estándares internacionales y goza de un amplio consenso a nivel internacional, al haber sido aprobada por 144 países miembros de la ONU, luego de 22 años de deliberación—.

En el ámbito constitucional, el derecho a la consulta previa surge como una expresión del modelo multicultural de relación entre Estados y pueblos indígenas, a partir de la década de 1980. Las primeras constituciones liberales adoptadas en el siglo XIX en América Latina reprodujeron el modelo de

Estado-nación europeo e impusieron una identidad nacional homogénea, sin considerar las particularidades étnicas y culturales de los diferentes sectores de la población. Bajo este paradigma asimilacionista, los individuos/ciudadanos eran los únicos titulares de derechos y libertades fundamentales, excluyéndose los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Las constituciones sociales de la primera mitad del siglo xx reemplazaron el paradigma asimilacionista por uno integracionista, en el que se veía necesario garantizar derechos económicos y sociales mínimos en la integración de sus miembros al tejido social mayoritario. Los pueblos indígenas fueron reconocidos como sujetos colectivos de derecho, pero sería la Administración pública la que se encargaría de tutelar sus derechos y representar sus intereses. Dicho paradigma inspiró no solo las políticas y marcos normativos internos en los países, sino el posicionamiento de organismos internacionales. En 1957, por ejemplo, la OIT adoptó el Convenio 107, que consagra ciertos derechos sociales “a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional”.

A lo largo de las décadas de 1980 y 1990, el paradigma integracionista fue progresivamente reemplazado por uno de reconocimiento del carácter pluriétnico (Estados Unidos y Canadá) y multicultural (Canadá y la mayoría de los países de América Latina) de las sociedades organizadas bajo nuevos marcos constitucionales. Procesos constituyentes en países como Canadá (1982), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991) y Perú (1994); y reformas constitucionales en países como Argentina (1994) y México (1995) inauguraron el paradigma multicultural de relación entre pueblos indígenas y Estados. Bajo este nuevo paradigma, el derecho a la consulta previa, libre e informada (DCPLI) fue paulatinamente reconocido en ámbito interno e internacional. El Convenio 169 de la OIT fue adoptado en este contexto de superación del paradigma integracionista, siendo el primer y más importante tratado que internacionaliza el compromiso de preservación de las culturas indígenas, reconociéndoles la potestad de decidir autónomamente sobre sus prioridades de desarrollo y de participar directamente de toda y cualquier decisión estatal que les afecte.

A diferencia de otros derechos, cuyo contenido normativo se desprende de una disposición legal expresa, el alcance del DCPLI ha sido determinado mayormente a través de un ejercicio de la interpretación judicial y de pronunciamientos de organismos supranacionales de derechos humanos. En su aspecto procedimental, la consulta previa puede ser definida como un mecanismo de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas, mediante el cual se les informa de forma clara, precisa, de buena fe y según sus tradiciones sobre el impacto que un determinado proyecto de desarrollo pueda tener sobre su territorio, y respecto de otras decisiones estatales de alcance general susceptibles de afectarles. En su aspecto sustantivo, el DCPLI es una herramienta contramayoritaria, instrumental al ejercicio de una serie de otros derechos fundamentales por parte de los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, busca crear condiciones de eculización de derechos en favor de un sector de la población sujeto a una situación de desventaja y discriminación histórica y, en particular, se destina a preservar el vínculo tradicional de

los pueblos y comunidades indígenas y tribales con sus territorios tradicionales y medios de vida.

De conformidad con los estándares internacionales vigentes, la consulta debe ser: *i) previa*, realizada en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión; *ii) libre*, supone la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de terceros; *iii) informada*, las partes consultadas deben tener conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos socioambientales; *iv) culturalmente adecuada*, se deben respetar los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones, así como sus formas propias de representación; *v) de buena fe*, debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, basado en la confianza y respeto mutuos, y *vi) con la finalidad de obtener el consentimiento*, no debe agotarse en un mero trámite, sino que debe ser realizada con miras a alcanzar un consenso entre las partes.

En aquellos casos en los que un determinado proyecto de desarrollo conlleve al almacenamiento de materiales peligrosos o el traslado de la comunidad indígena de su territorio, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece (arts. 10 y 29.2) la obligatoriedad de obtenerse el consentimiento de la comunidad respectiva. A su vez, en la sentencia del caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de 2007, la Corte Interamericana subrayó que los proyectos a gran escala deben ser siempre antecedidos del consentimiento de las comunidades o pueblos susceptibles a ser afectados.

*Daniel Cerqueira*

### 374. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA LIBRE DETERMINACIÓN

Los pueblos indígenas, como sociedades preexistentes al establecimiento de las fronteras estatales, son titulares del derecho colectivo a la libre determinación, cuyo ejercicio supone definir libremente su desarrollo económico, social y cultural para asegurar su existencia y bienestar como grupos diferenciados. Estos colectivos deben poder decidir su propio destino en condiciones de igualdad y participar de manera efectiva en los procesos que involucren la toma de decisiones que les afectan. El reconocimiento de este derecho constituye una premisa fundamental para el ejercicio pleno de sus otros derechos humanos, tanto individuales como colectivos, lo cual incluye a aquellos que tienen sobre sus territorios ancestrales y recursos naturales (ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe consolidado sobre las industrias extractivas y sus efectos sobre los pueblos indígenas, párr. 19).

*Aproximaciones histórico-conceptuales.* Aunque la libre determinación comenzó a adquirir mayor presencia en el escenario internacional a partir de la Primera Guerra Mundial, la libre determinación no fue reconocida como un principio general por la Sociedad de las Naciones. No obstante, sí fue incluida como uno de los principios de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Carta (art. 1.2) y en la resolución 2625 (XXV).

Este derecho se encuentra desarrollado, además, en la resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, de la Asamblea General de la ONU, conocida como la “Carta Magna de la Descolonización”. Dicha resolución señala que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libre-

mente su desarrollo económico, social y cultural” (ONU, Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, párr. 2). Asimismo, la resolución 1541 (XV) de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1960 menciona a la libre determinación como una prerrogativa que un territorio no autónomo en un Estado podría ejercer para llegar a tener un autogobierno. El artículo 1.1 común a los pactos internacionales de derechos humanos de 1966 —el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)— establece que, en aplicación de este derecho, los pueblos pueden elegir libremente su condición política y procurar su desarrollo económico, social y cultural.

El concepto se fue consolidando como tal en un contexto de luchas por la descolonización y la liberación nacional en los años sesenta. En efecto, la manifestación más concreta de este derecho impulsó la caída de regímenes coloniales, mayormente en el continente africano. Esto tuvo como resultado que la libre determinación estuviera ligada a procesos de descolonización. Su formulación y aplicación identificaba por excelencia a las colonias como los únicos “pueblos” que podían ejercer este derecho. Sin embargo, como se aborda más adelante, esta es una concepción restrictiva que ha sido ampliada para abarcar también otros colectivos como los pueblos indígenas.

El derecho de los pueblos a la libre determinación fue también un argumento político que presumía erróneamente que las naciones y los pueblos constituían una unidad homogénea que formaba la base de la autoridad política (Summers, 2014, p. 85). Tradicionalmente, se estuvo de acuerdo por mucho tiempo en que el término “pueblos”, como sujetos que podían ejercer la libre determinación, se refería únicamente a las categorías coloniales de fideicomisos y territorios no autónomos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas.

En el debate sobre cuáles son los sujetos que pueden ejercer la libre determinación se pueden identificar al menos tres variantes: la primera sostiene que los “pueblos” serían la población de los territorios que se encuentran bajo las condiciones del colonialismo en su sentido clásico; la segunda estima que los “pueblos” serían la población total de los Estados independientes y la población de los territorios bajo las condiciones del colonialismo clásico. Sin embargo, se ha advertido que tales visiones excluirían a otros grupos que no se encuentran en ninguno de estos supuestos. En opinión de diversos autores, resulta equívoco equiparar a la libre determinación con el régimen de las colonias o con el de los fideicomisos y territorios no autónomos, que tienen un conjunto de sujetos y procedimientos particulares. Una concepción limitada de la libre determinación ignoraría las múltiples y superpuestas esferas de comunidad, autoridad e interdependencia que pueden existir en la experiencia humana (Anaya, 2004, pp. 78-80).

En atención a ello, una tercera variante define a los “pueblos” con derecho a la libre determinación no por el *statu quo* de las fronteras estatales o territoriales coloniales reconocidas, sino más bien por una geografía política alternativa definida por la cohesión etnográfica y la soberanía territorial ejercida históricamente (*ibidem*, p. 78). Esto incluiría a determinados grupos con derecho a solicitar medidas correctivas respecto a las políticas estatales. Bajo esta concepción amplia —mayoritaria hoy en día— del derecho a la libre

determinación de los pueblos consiste en un derecho-principio que permite a una comunidad con características distintas a que sus particularidades se vean reflejadas en las instituciones de gobierno del país (Brownlie, 1988, p. 5). En tanto las demandas de los pueblos indígenas aún suelen estar excluidas del poder político por la reproducción de patrones históricos estructurales en las sociedades, el reconocimiento de la libre determinación para este grupo resulta ser una garantía para el goce y ejercicio de sus derechos.

En línea con lo anterior, los pueblos indígenas estarían dentro de la categoría más estrecha de beneficiarios del derecho a la libre determinación, que incluye a los grupos con derecho a medidas correctivas. En este contexto, el régimen correctivo no es uno que vaya a favorecer la formación de nuevos Estados (Anaya), pero sí debería impulsar que los pueblos indígenas compartan el poder con el Estado en el que se ubican en el manejo de su propiedad y estrategias de desarrollo (Fitzmaurice, en French, 2013, p. 362). De esta manera, la libre determinación se configura como un derecho colectivo de los pueblos indígenas. En el ámbito más práctico, el derecho a las tierras, territorios y recursos naturales puede verse como un elemento de libre determinación que contribuye al bienestar y desarrollo de los pueblos indígenas según sus elecciones (Fitzmaurice).

*Cristina Blanco Vizarreta*

### 375. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA LIBRE DETERMINACIÓN (RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL)

El derecho a la libre determinación se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales. En el caso del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se encuentra reconocido de forma implícita cuando, por ejemplo, en su preámbulo establece lo siguiente: “[reconociendo] las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”. Otras disposiciones del Convenio 169 se refieren a su derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (art. 7), y a que se reconozcan y protejan los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos (art. 5). Esta es justamente la mayor diferencia con el Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, de 1957, el cual señalaba que eran los Estados quienes debían encargarse de desarrollar programas para la protección y la integración progresiva de las poblaciones indígenas sin tener en cuenta la libre elección que estas podrían tener (art. 2), y dejaba abierta la posibilidad de que se pudieran reemplazar sus valores e instituciones adecuadamente con el consentimiento de grupos interesados (art. 4).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007) señala en su artículo 3 que: “[los] pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” A ello se suman otros artículos particularmente relevantes, como

el derecho al autogobierno en sus asuntos internos o locales (art. 4), y el de determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones (art. 33).

En cuanto a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos (DADPI, OEA, 4 de junio de 2016), su artículo 3 tiene un contenido idéntico al establecido en el artículo 3 de la DNUDPI. Además, contiene disposiciones específicas sobre el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de estos grupos, en respeto a sus formas de organización y el ejercicio de sus derechos (art. IX), así como su derecho a la identidad e integridad cultural (art. XIII), que engloba la necesidad de reconocer y respetar sus formas de vida, usos y costumbres, normas, tradiciones, instituciones, entre otros aspectos clave para su libre desarrollo.

Al mismo tiempo, tanto la Declaración de las Naciones Unidas como la de la OEA establecen que este derecho debe ejercerse sobre la base del respeto de la integridad territorial y la unidad política de los Estados. En particular, el artículo 46.1 de la DNUDPI señala que “Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes” (art. 46.1). El artículo IV de la DADPI contiene un texto idéntico al citado (art. IV).

Respecto a pronunciamientos de órganos de derechos humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de la ONU ha reconocido que el artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) resulta aplicable a los pueblos indígenas (Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa, párr. 11). En virtud de ello, estos colectivos pueden “[proveer] a su desarrollo económico, social y cultural” y “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se les prive de “sus propios medios de subsistencia” (PIDCP y PIDESC, art. 1).

En un sentido similar se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 166), así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos *Pueblo Saramaka vs. Surinam* (sentencia de 28 de noviembre de 2007, núm. 172, párr. 93) y *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* (sentencia de 25 de noviembre de 2015, núm. 309, párr. 112). En particular, la Corte IDH sostuvo que las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) le prohíben interpretar el derecho a la propiedad (reconocido en el art. 21 de la misma) de manera que se restringiera su goce y ejercicio a un grado menor que el reconocido en el PIDCP y el PIDESC (caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 166). En consecuencia, consideró que el artículo 21 de la CADH incluye el derecho de los miembros

de las comunidades indígenas y tribales a determinar libremente y disfrutar su propio desarrollo social, cultural y económico (CIDH, *cit.*, párr. 2).

Este derecho también ha sido referido por la Corte IDH en diversos fallos, como el del *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, un pueblo amazónico (sentencia de 27 de junio de 2012, núm. 245, párr. 217, n. 288). En el caso específico de los pueblos en situación de aislamiento y contacto inicial se ha reconocido que supone el respeto de sus mecanismos de supervivencia física y cultural, lo cual incluye situaciones como el aislamiento y otras formas selectivas de convivencia (ACNUDH, Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay, párr. 22).

Por su parte, la CIDH ha señalado que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas guarda estrecha relación con el uso y disposición de las tierras y territorios. En ese sentido, ha afirmado que los Estados tienen la obligación de “adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar el derecho a la propiedad comunal de los miembros de las comunidades indígenas y tribales sobre dicho territorio” (CIDH, *cit.*, párr. 166).

**Cristina Blanco Vizaretta**

### 376. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA PROPIEDAD COLECTIVA

Uno de los ámbitos que ha requerido mayor atención en materia de derechos de los pueblos indígenas es su derecho a la propiedad colectiva sobre sus tierras y territorios ancestrales, y los recursos naturales que en ellos se encuentran. Ello porque el territorio posee una importancia singular para los pueblos indígenas, dado que constituye un requisito fundamental para el desarrollo de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica (alegatos de la CIDH ante la Corte IDH, caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, núm. 146, párr. 113).

En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “su goce efectivo implica no solo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra” (alegatos de la CIDH ante la Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, núm. 125, párr. 120[c]). Tal importancia se ha traducido en un amplio reconocimiento tanto en instrumentos internacionales como en pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos. Nos referimos a ambos aspectos a continuación.

*Reconocimiento internacional.* Este derecho se encuentra reconocido en todos los instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas. En el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el segundo apartado se titula “Parte II: Tierras” y contiene siete disposiciones. Determina que los Estados deben reconocer la vinculación especial de los pueblos indígenas con sus tierras o territorios (art. 13). Esto supone un reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente han utilizado (art. 14); que se salvaguarden las tierras que, si bien no ocupan tradicionalmente, hayan sido utilizadas para sus actividades tradicionales y de subsistencia (art. 14), y que los recursos naturales existentes en sus tierras reciban una protección especial (art. 15).

El Convenio 169 señala también que los pueblos indígenas no deben ser trasladados fuera de los territorios que ocupan, sin que se cuente con su consentimiento libre y expreso, y tengan pleno conocimiento de causa. Siempre que sea posible, deberían poder regresar a sus tierras tradicionales, en cuanto deje de existir la causa que motivó su traslado y reubicación (art. 16). Ahora bien, cuando su retorno no sea posible, deberán recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a los de aquellas que ocupaban anteriormente, y que les permitan cubrir sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro (art. 16). Este instrumento llama al respeto de las modalidades de transmisión de tierras entre los miembros de los pueblos indígenas (art. 17) y a la protección de sus territorios a través de la regulación de sanciones contra la intrusión (art. 18), y destaca la necesidad de que puedan acceder a programas agrarios nacionales en condiciones equivalentes a las de otros sectores de la población (art. 19).

Un segundo instrumento clave es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI, adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007). Según este Instrumento, los Estados deben establecer mecanismos para prevenir y resarcir actos que tengan por objeto o consecuencia desposeer a los pueblos indígenas de sus tierras, territorios o recursos (art. 8). Al igual que el Convenio 169, dispone que no pueden ser desplazados forzosamente de sus tierras o territorios sin su consentimiento libre, previo e informado, e incluye la necesidad de recibir una indemnización justa y tener la opción de regresar (art. 10). Señala además que los Estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe siempre que vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que les puedan afectar (art. 19), lo cual incluye ciertamente aquellas relacionadas con la protección de la propiedad colectiva.

De manera más específica, los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual con sus tierras, territorios y recursos naturales (art. 25); a poseer, utilizar, desarrollar y controlarlos (art. 26), y a la conservación y protección del medioambiente y de la capacidad productiva de su propiedad (art. 29). Los pueblos indígenas tienen, además, el derecho de determinar y elaborar sus prioridades y estrategias para el desarrollo y la utilización de sus tierras, territorios y recursos naturales (art. 32), por lo que no se podrían realizar actividades militares en ellos (art. 30).

Un tercer instrumento es la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos (DADPI, OEA, adoptada por la Asamblea General el 15 de junio de 2016). Incluye una sección con cinco disposiciones relacionadas con las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural, y el derecho a tierras, territorios y recursos. Según esta Declaración, los Estados deben asegurar el reconocimiento jurídico de la propiedad colectiva, respetando sus costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia (art. XXV.4). En esta medida, se tendrían que establecer regímenes especiales que procuren la demarcación o titulación efectiva de sus tierras, territorios o recursos (art. XXV.5). La Declaración retoma lo dispuesto por el Convenio 169 y la DNUDPI, en el sentido de que los pueblos indígenas tienen el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar su propiedad (art. XXV.3), así como a asumir la responsabilidad de su conservación y a mantener y fortalecer su relación espiritual, cultural y material (art. XXV.1).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han desarrollado conjuntamente el contenido del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, con base en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH). Desde 2001, con la sentencia del caso de la *Comunidad Maygna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (de 31 de agosto de 2001, núm. 79, párr. 148), la Corte IDH ha considerado que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”.

Asimismo, en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay* (sentencia de 29 de marzo de 2006, núm. 146, párr. 120) señaló que “los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva”, pues su sentido de pertenencia “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad” (*Comunidad Maygna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 149). De esta manera, entiende que la noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no corresponde necesariamente a la concepción clásica de propiedad, pero requiere igual la protección en los términos del artículo 21 de la CADH (*Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 120).

Este derecho ha ofrecido la vía más importante para el reconocimiento y la protección del territorio ancestral y, con ello, la protección de una serie de elementos vinculados a su cosmovisión, vida espiritual y forma de subsistencia tradicional. Puede decirse que la jurisprudencia del SIDH en la materia parte de tres premisas fundamentales: “(i) el derecho a la propiedad se extiende más allá de la clásica forma individualista de entender la propiedad y permite proteger la concepción colectiva sobre la tierra y el territorio tradicional existente entre los pueblos indígenas y tribales; (ii) estos pueblos poseen una relación especial con la tierra y el territorio ancestral en tanto cumple un rol fundamental para su supervivencia física y cultural como pueblos, y (iii) el derecho a la propiedad protege no solo la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales sino también como con los recursos naturales que se encuentran en ellas y que han utilizado tradicionalmente” (Blanco, en Quintana y Flores (eds.), 2017, pp. 150 y 151).

*Cristina Blanco Vizarrata*

### 377. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA PROPIEDAD COLECTIVA (ESTÁNDARES INTERAMERICANOS)

A partir del reconocimiento a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, se han establecido estándares de protección de este derecho, a los que se refieren los párrafos siguientes, con especial énfasis en pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En cuanto al *alcance geográfico de los derechos de propiedad indígenas*, estos derechos se extienden sobre todas aquellas tierras y recursos que los pueblos indígenas usan actualmente, y sobre aquellas tierras y recursos que poseyeron y de los cuales fueron despojados, con los cuales mantienen su relación especial internacionalmente protegida (Corte IDH, caso de la *Comunidad Maygna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, núm. 79,

párr. 153.2, y caso *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay*, núm. 125, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 135).

Con relación a la *titulación jurídica y registro de la propiedad*, los pueblos indígenas y tribales son titulares de derechos de propiedad y dominio sobre las tierras y recursos que han ocupado históricamente, por lo que tienen derecho “a ser reconocidos jurídicamente como los dueños de sus territorios, a obtener un título jurídico formal de propiedad de sus tierras, y a que los títulos sean debidamente registrados”. Se debe resaltar que esta titulación debe ser colectiva, sin perjuicio de las formas de organización interna de los pueblos indígenas en cuanto a la tenencia de la tierra (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 82). Asimismo, los procedimientos para titular tierras comunales indígenas o tribales deben gozar de efectividad (Corte IDH, caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, sentencia de 5 de febrero de 2018, núm. 346, párr. 119) y deben atender a las características particulares del pueblo en concreto (CIDH, *cit.*, párr. 85).

El Estado debe garantizar la *seguridad jurídica del título de propiedad*. La CIDH ha reconocido que la demarcación y registro legal de tierras es solo el primer paso, puesto que la “propiedad y posesión efectivas se ven continuamente amenazadas, usurpadas o reducidas por distintas acciones de hecho o de derecho” (*ibidem*, párr. 86). Esto incluye el derecho a la certeza jurídica de la propiedad territorial, que exige la existencia de mecanismos especiales, rápidos y eficaces para solucionar los conflictos jurídicos existentes sobre el dominio de las tierras indígenas (*ibidem*, párr. 88). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reiterado en su jurisprudencia la necesidad de materializar los derechos territoriales a través de medidas legislativas y administrativas que reconozcan tales derechos en la práctica (caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 164; caso *Pueblos Kaliaña y Lokono vs. Surinam*, sentencia de 25 de noviembre de 2015, núm. 309, párr. 133; caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros*, párr. 119).

La *delimitación y demarcación del territorio ancestral* ha sido identificada como el principal mecanismo de garantía del derecho de propiedad territorial indígena (CIDH, *cit.*, párr. 94). En este marco, los pueblos requieren procedimientos especiales, adecuados y efectivos para acceder a la delimitación, demarcación y titulación de sus territorios (*ibidem*, párr. 96). De manera específica, la Corte IDH ha señalado que los procedimientos para la demarcación y delimitación de tierras deben cumplir con los requisitos de efectividad y plazo razonable (caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 111). Hasta en tanto eso suceda, se debe velar por la protección territorial provisional mientras están pendientes los procesos de delimitación, demarcación y titulación, lo cual supone, por ejemplo, que el Estado no pueda otorgar concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales que se encuentran en los territorios que están en proceso de delimitación y demarcación sin consultar al pueblo (CIDH, *cit.*, párr. 96).

Los pueblos indígenas tienen *derecho posesión, al uso, a la ocupación y a la habitación de sus territorios ancestrales*. La Corte IDH ha vinculado este derecho al núcleo mismo del derecho a la propiedad protegido por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (*ibidem*, párr. 109), el cual debe ser ejercido sin ninguna interferencia externa.

Los pueblos indígenas deben tener *seguridad efectiva frente a reclamos o actos de terceros*. Si surgen conflictos, estos colectivos tienen derecho a recibir protección y reparación, mediante procedimientos adecuados y efectivos; así como que se les garantice el goce efectivo de su derecho a la propiedad; a que se investigue efectivamente y se sancione a los responsables de dichos ataques, y a que se establezcan mecanismos especiales rápidos y eficaces para solucionar los conflictos jurídicos sobre el dominio de sus tierras. Del mismo modo, tienen derecho a que su territorio sea reservado para ellos, sin que dentro de sus tierras existan dentro de sus tierras asentamientos o presencia de terceros o colonos no indígenas (*ibidem*, párrs. 110, 113 y 114).

Cuando ocurren *conflictos jurídicos de propiedad territorial con terceros*, se debe actuar de conformidad con los principios que rigen las limitaciones a los derechos humanos. De acuerdo con la Corte IDH, las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos deben ser: *a)* establecidas por ley; *b)* necesarias; *c)* proporcionales, y *d)* su fin debe ser el de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 144). En principio, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que su propiedad del territorio no sea susceptible de ser opacada por derechos de propiedad de terceros (caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, núm. 172, párr. 115). Dicha aproximación supone que se trate de terceros que no tengan un título de propiedad de buena fe o no cuentan con expectativas legítimas ni con derechos de propiedad *bona fide*. En ese escenario, el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad y a la restitución persiste aun cuando las tierras reclamadas estén en posesión de terceros, y no es aceptable que las reclamaciones territoriales indígenas sean denegadas automáticamente por tal motivo (CIDH, *cit.*, párrs. 117-119).

Los pueblos indígenas tienen derecho a la *restitución del territorio ancestral*. En ese sentido, se debe resaltar que los pueblos indígenas que hubieran perdido la posesión total o parcial de sus territorios, mantienen sus derechos de propiedad sobre tales territorios, y tienen un derecho preferente a recuperarlos, aun cuando se encontrasen en manos de terceras personas (Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, núm. 146, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 132, y CIDH, *cit.*, párr. 123).

Tienen derecho a *servicios básicos y al desarrollo*, dado que la garantía de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre la tierra y los recursos naturales no se agota cuando las tierras han sido demarcadas. En ese sentido, “si bien el territorio es fundamental para el desarrollo en comunidad de las poblaciones indígenas, este debe ir acompañado de la prestación de servicios de salud, educación, sanitarios y la protección de sus derechos laborales y de seguridad social y, en especial, de la protección de su hábitat” (*ibidem*, párr. 149). Este deber surge del derecho a la vida en condiciones dignas protegido por la CADH y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como del deber general de los Estados de garantizar a los miembros de las comunidades indígenas y tribales el acceso a condiciones de vida dignas en el campo sanitario, alimenticio y habitacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la CADH (*idem*).

Los pueblos indígenas deben poder ejercer *la relación espiritual con el territorio y acceder a sus sitios sagrados* (Corte IDH, caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre 2004, núm. 105, párr. 85, y caso *del Pueblo*

*Saramaka*, párr. 95). En este marco, los Estados tienen la obligación de proteger el territorio, y la relación establecida entre los pueblos indígenas o tribales y sus tierras o recursos naturales, como un medio que garantiza el ejercicio de su vida espiritual (Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yákye Axa*, párr. 131).

La protección del territorio se relaciona también con su derecho a ser *protegidos frente a al desplazamiento forzado* a causa de violencia, como suele ocurrir en contextos de conflicto armado. Dichos desplazamientos suponen la pérdida, en muchos casos, de su integridad sociocultural y su hábitat, por lo que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección (Corte IDH, caso *de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia 15 de junio de 2005, núm. 124, párr. 132). Aquello no excluye que estén obligados a adoptar todas las medidas necesarias para permitir el retorno de los pueblos indígenas a sus territorios tradicionales, de forma segura y con dignidad (CIDH, *cit.*, párr. 152).

*Cristina Blanco Vizarrata*

### 378. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA PROPIEDAD COLECTIVA (GARANTÍAS EN CONTEXTOS DE EXTRACCIÓN O ACTIVIDADES DE DESARROLLO)

Si bien el derecho a la propiedad colectiva no es un derecho absoluto, se debe tomar en cuenta que existen obligaciones estatales específicas frente a medidas que lo restrinjan, como actividades de extracción, explotación o desarrollo en territorios de los pueblos indígenas. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, caso *Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam*, sentencia de 25 de noviembre de 2015, núm. 309, párr. 215) como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 2016, y Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2009) se han ocupado de determinar las obligaciones que surgen para los Estados en estos contextos, que pueden clasificarse en seis ejes centrales, que serán desarrollados a continuación.

Los Estados tienen un *deber de diseño, implementación y aplicación efectiva* de un marco normativo adecuado, el Estado debe adoptar una legislación sólida y eficaz para proteger los derechos humanos más relevantes en relación con actividades extractivas, así como la derogación de legislación incompatible con los derechos consagrados en los instrumentos interamericanos (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH). Deben contar con disposiciones que permitan proteger los derechos de propiedad de los pueblos indígenas frente a actividades extractivas, de explotación y de desarrollo, lo cual incluye el reconocimiento del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado, como garantía esencial para resguardar este derecho. Del mismo modo, resulta imprescindible contar con legislación y otras disposiciones reglamentarias que definan claramente la responsabilidad frente a las potenciales violaciones de derechos humanos.

Encontramos también el deber de *prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre los derechos humanos*. Al respecto, se diferencian dos niveles de prevención: *i) deber de prevención general*, que exige la adopción de medidas para contar con un marco normativo e insitucional orientado a prevenir, perse-

guir y sancionar los delitos ocurridos en un área determinada y conocidos por el Estado, y ii) *deber de prevención específico*, el cual es exigible al Estado desde el momento en que toma conocimiento de un riesgo real e inmediato para una persona o grupo de personas en una situación concreta. En ese sentido, la CIDH ha señalado que, si se tiene conocimiento de que se están produciendo daños ecológicos como consecuencia de proyectos o planes de desarrollo o inversión o desarrollo, tales planes se tornan en ilegales; deben ser suspendidos, se debe reparar los daños ambientales e investigar y sancionar a los culpables.

Se contempla la *obligación de supervisión y fiscalización* en materia de actividades extractivas, de explotación y desarrollo. Dado que resulta evidente que los Estados deben supervisar y fiscalizar las actividades de los privados para evitar la vulneración de derechos humanos, en el caso de las empresas que realizan proyectos de extracción, esta obligación puede ser más estricta, dependiendo de la actividad y naturaleza de la empresa, como en los casos en los que la empresa es de su propiedad o se encuentra bajo su control. Los sistemas de supervisión a implementar por los Estados deben ofrecer respuestas eficaces y ser culturalmente adecuados, y deben contar con procedimientos que permitan identificar los aspectos técnicos de las actividades ejecutadas y sus falencias. En el mismo sentido, la Corte IDH ha indicado que los Estados tienen la obligación de supervisar los estudios de impacto ambiental y social de manera previa al inicio de las actividades de explotación.

Los Estados tienen el deber de *garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información*, lo que guarda estrecha relación con el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. Ello exige a los Estados establecer consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas vinculadas a los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales. Esta información, entendida como aquella que sea necesaria para el ejercicio o protección de los derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación o desarrollo, requiere ser clara y accesible y, de ser necesario, transmitida con el apoyo de un intérprete o en un idioma o dialecto que permita a los miembros de los pueblos indígenas involucrados comprenderla de forma plena.

Igualmente, existe el deber de *prevenir actividades ilegales y formas de violencia*. La CIDH ha señalado que, en contextos en los que existe oposición por parte de pueblos indígenas y tribales a planes o proyectos extractivos, se han presentado actos de hostigamiento, amenazas y agresiones, especialmente contra autoridades indígenas, líderes y lideresas comunitarias u otros miembros que cumplen un rol clave en el proceso de reivindicación de derechos indígenas. En ese sentido, se debe resaltar que la protección activa del derecho a la vida y demás derechos consagrados en la CADH es parte del deber del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos y requiere adoptar medidas para castigar la privación de vida u otras violaciones a derechos humanos, tanto por actores privados con la aquiescencia del Estado como por los propios agentes estatales. Esta obligación también incluye el deber del Estado de controlar, prevenir, investigar y sancionar las actividades extractivas ilegales en territorios ancestrales.

Finalmente, se encuentra el *deber de garantizar el acceso a la justicia* a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos

humanos en estos contextos. La CIDH ha constatado que existe una grave situación de impunidad en el continente americano derivadas de violaciones de derechos humanos cometidas en contextos de extracción de recursos. Por ello, es de especial relevancia que los Estados cuenten con recursos judiciales adecuados y efectivos que permitan reivindicar sus derechos, tales como el derecho a la vida, a la integridad y a vivir en un ambiente sano.

*Cristina Blanco Vizarrata*

### 379. DERECHO DE RÉPLICA

El derecho de réplica es la prerrogativa de toda persona para que se inserte su declaración cuando haya sido mencionada en una nota periodística, siempre que esa información sea inexacta en su perjuicio o afecte su derecho al honor, a la vida privada o a la propia imagen. Esta institución jurídica es de vieja data en el derecho comparado. Distintos autores coinciden en que el origen de esta figura se ubica en una iniciativa de ley presentada por el diputado francés J. A. Dulaure, en 1795, que finalmente no prosperó, para el “establecimiento de la libertad de prensa y la represión de los abusos”.

Más tarde, en Francia se establecería el derecho de réplica en la Ley del 29 de julio de 1881 (arts. 13 y 13-1), y de ahí en buena parte de las democracias se ha legislado con mayor o menor profundidad. El derecho de réplica fue combatido severamente en sus inicios en el hemisferio por las asociaciones de propietarios de medios, quienes consideraban que esta prerrogativa restringía el ejercicio de la libertad de expresión. Esta postura, sin embargo, ha sido matizada hoy en día por el replanteamiento del papel de los medios, habida cuenta que al igual que muchas instituciones sociales pasan por un periodo de reconstrucción de su credibilidad social. El derecho de réplica juega un papel de importancia capital entre los medios y el público, toda vez que su propia naturaleza hace que tenga un papel preventivo y eficaz para reparar inicialmente el honor lesionado con motivo de imputaciones formuladas a través de un medio de comunicación

El derecho de réplica se conoce en otros sistemas normativos como derecho de respuesta o derecho de rectificación. En México, el Poder reformador de la Constitución introdujo una adición al art. 6o., creando la figura del derecho de réplica en 2007. Es adecuada la terminología utilizada como “derecho de réplica” y “no rectificación” o “respuesta”, como se ha reconocido en distintos ordenamientos. Existen, por supuesto, razones para que explican el porqué es correcto el vocablo utilizado. En efecto, si se analizan los vocablos “respuesta”, “rectificación” o “réplica”, conforme al *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, se puede observar que rectificación incluye la posibilidad de “contradecir a alguien en lo que ha dicho, por considerarlo erróneo”, pero también de que el periodista o comunicador modifique “la propia opinión que se ha expuesto antes”. Por su parte, el vocablo “respuesta” admite varias definiciones, entre ellas la “satisfacción a una pregunta, duda o dificultad”, o bien la “réplica, refutación o contradicción de lo que alguien dice”. La noción de “réplica” es más precisa para delimitar esta figura jurídica, pues se define como “expresión, argumento o discurso con que se replica”. En el ámbito jurídico, sostiene el mismo *Diccionario de la Lengua Española*, significa el “segundo escrito del actor en el juicio de mayor cuantía para impugnar la contestación y la reconvencción, si la hubo, y fijar los puntos litigiosos”.

Este derecho representa el primer instrumento con que cuenta el gobernado para acceder a los medios de comunicación a fin de hacer valer sus puntos de vista sobre hechos que lesionen sus garantías públicas. Este derecho tiene como características las siguientes: *a)* constituye una vía inmediata, de carácter extrajudicial, que habilita al particular para defender su honor o imagen afectadas por información inexacta, equivocada o injuriosa, mediante la difusión de las precisiones o correcciones pertinentes, en el medio en que se originó la controversia; *b)* Representa un vehículo de comunicación entre emisores y receptores, que fomenta la veracidad en la información que transmiten los medios de comunicación a la opinión pública; *c)* Ofrece a la sociedad civil distintas posturas y puntos de vista sobre hechos controvertidos, lo que le brinda mayores elementos de juicio sobre temáticas de interés general.

La regulación del derecho de réplica debe contener al menos los siguientes elementos:

I. **TITULAR DEL DERECHO.** El derecho debe incluir sin distinción a toda persona, sin importar si se trata de una persona física o jurídica. Así lo establecen las distintas convenciones al referirse a la palabra “persona”. A mayor abundamiento, esta postura ha sido interpretada por la clásica resolución (74) 26 sobre derecho de réplica adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de julio de 1974, de cuyas posturas abrevó tiempo después la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. **INFORMACIONES Y OPINIONES.** El derecho de réplica debe proceder como regla general en el caso de informaciones difundidas en perjuicio de quien puede ejercer el derecho de réplica, como dispone el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986. De manera complementaria, tratándose de opiniones basadas en hechos o datos incorrectos, debe proceder también el derecho de réplica. De la misma forma, hay que considerar que la fotografía o la imagen constituyen una referencia a la persona, aunque a simple vista pareciera no replicable (pese a que aquella pudiera afectar la intimidad o se haya obtenido contra la voluntad del implicado, en este caso operaría la acción judicial para resarcir el daño moral provocado); pero si la fotografía se edita y refleja una escena que nunca existió, es posible ejercer el derecho de réplica. La réplica no debería proceder en el caso de opiniones injuriosas por sí mismas, pues si bien es verdad que lastiman el derecho al honor, a la vida privada o a la propia imagen, la reparación debe buscarse a través de las herramientas legales que protegen la lesión de estos derechos.

III. **EXTENSIÓN DE LA RÉPLICA.** En la experiencia comparada no hay una respuesta unívoca sobre la extensión máxima de la información replicada. En algunos casos se establecen máximos de dos o tres veces el texto impugnado. Quizá sea posible mantener esa regla, pero dejando abierta la posibilidad para que la extensión pueda ampliarse de manera razonable cuando por la naturaleza de la información replicada no pueda ajustarse a la extensión habitual.

IV. **CARACTERÍSTICAS DE LA RÉPLICA.** La réplica no debe limitarse a determinados medios, sino debe permitirse su ejercicio ante cualquier medio existente o por existir. Debe limitarse solo a aclarar o responder los datos incompletos o falsos. De no ser así, habría una serie de intercambios de

puntos de vista que desnaturalizaría la naturaleza de este derecho, y podría menoscabar el ejercicio de la libertad de expresión. Debe hacerse sin frases injuriosas contra quien se replica o contra un tercero. El principio es claro: no puede ejercerse un derecho humano mediante la lesión de los derechos de los demás. Debe ser difundida con características similares a la información controvertida. Es entendible que debe primar el principio de proporcionalidad para generar un equilibrio entre la nota replicada y la réplica en la percepción del público y en la satisfacción del propósito del derecho. Y, por supuesto, debe hacerse solo por quien tiene interés jurídico para invocar y ejercer este derecho.

V. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO. En la experiencia comparada no hay un plazo universal para que prescriba este derecho. Es lógico que por la propia naturaleza de esta figura jurídica, que tiene en el sentido de oportunidad su eficacia y razón de ser, debe ejercerse en el menor tiempo que sea razonablemente posible. En todo caso, debe realizarse un adecuado estudio para establecer una regla general y admitir excepciones razonables, tratándose de un derecho humano fundamental, y tomando en cuenta que la persona perjudicada será la primera interesada en que su réplica sea difundida.

VI. SANCIONES. El rechazo injustificado de un medio para que una persona ejerza su derecho de réplica debe dar lugar a un juicio sumarisimo ante la autoridad competente que pueda aplicar sanciones y ordenar simultáneamente medidas cautelares para que este derecho sea eficaz. Hay que tener en claro que la réplica del afectado no sustituye ni exime de las responsabilidades legales a que hubiera lugar en materia civil o penal, aunque sí pueden constituir atenuantes de responsabilidad a juicio del juzgador.

*Ernesto Villanueva*

### 380. DERECHO DE RÉPLICA, RECTIFICACIÓN O RESPUESTA (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José) programa el derecho de rectificación, de respuesta o —también llamado— de réplica. Lo confiere a favor de toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general. El derecho consiste en efectuar, por medio del mismo órgano de difusión, su rectificación o respuesta, en las condiciones que establezca la ley (sobre las incógnitas interpretativas que plantea la redacción de esta cláusula, nos remitimos a nuestro libro *Censura judicial y derecho de réplica*, 2008, pp. 122 y ss.).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) atendió esta norma en la opinión consultiva (OC) 7, de 29 de agosto de 1986. Fue Costa Rica quien interrogó a la Corte acerca de si tal derecho, según el Pacto, estaba ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encontraran bajo su jurisdicción o, de no ser así, si el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlo efectivo. También preguntó si la expresión “ley” que figura en la norma aludida estaba empleada por la Convención en el sentido amplio o lato, lo que podría comprender entonces disposiciones de carácter reglamentario emitidas por decreto ejecutivo.

La OC-7/86 se emitió de manera algo compleja. Hubo una opinión separada del juez Héctor Gros Espiell, otra del juez Rodolfo E. Piza Escalante, una opinión disidente conjunta de los jueces Rafael Nieto Navia y Pedro Nikken, y una opinión disidente y concurrente del juez Thomas Buergenthal.

Por unanimidad, la Corte decidió que el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho internacionalmente exigible que los Estados parte tienen la obligación de respetar y garantizar en su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté bajo su jurisdicción. También, por unanimidad, opinó que cuando tal derecho no pudiera hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado parte, el mismo tiene la obligación, en virtud del artículo 2 de la CADH, de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias. Y por seis votos contra uno consideró que la palabra “ley” empleada en el artículo 14.1 del Pacto está relacionada con las obligaciones asumidas por los Estados parte en el artículo 2 del mismo (que establece el principio del “efecto útil” de los tratados) y, por tanto, las medidas que debe adoptar el Estado parte comprenden todas las disposiciones internas que sean adecuadas, según el sistema jurídico de que se trate, para garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. En cambio, si se trata de restringir un derecho, la palabra “ley” debe entenderse en sentido de ley formal.

La OC-7/86 realizó una interpretación activista e impulsora del derecho de rectificación, respuesta o réplica (para un mayor desarrollo de la misma véase Sagüés, “Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta”, en Steiner y Uribe (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2014, pp. 343 y ss.): a) del texto del artículo 14.1 de la CADH parecería desprenderse, de seguirse una exégesis puramente literal, que resultaría indispensable, para practicar el derecho aludido, que hubiera una ley nacional que lo reglamentase: la rectificación o respuesta se practica, dice la cláusula, “en las condiciones que establezca la ley”. Tal interpretación, que presuntamente entroniza el principio de “mediación de la ley”, subordina la vigencia y eficacia del derecho al dictado de una norma legal y a las condiciones que establezca el Estado para realizarlo. Sin ley, conforme a esa tesitura, no habría prácticamente derecho. Con acierto, la Corte Interamericana rechaza esta exégesis estatista e inhibitoria de un derecho. La Convención, explica, enuncia claramente un derecho, que genera obligaciones para los Estados (OC-7/86, párrs. 22-24). Refiere que es cierto que estos pueden regular modalidades de instrumentación del derecho (*v. gr.*, el espacio igual o mayor donde debe publicarse la rectificación, en qué tiempo puede ejercerse, qué terminología es admisible), pero ello no implica que, de no dictarse la ley, el afectado no pueda ejercer su pretensión. El Estado, añade el Tribunal, debe adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones, so pena de incurrir en violación del Pacto de San José (párrs. 27-30), y b) la Corte IDH despliega una interesante interpretación de la palabra “ley” empleada en el aludido art. 14.1 de la Convención. Aquí significa que el Estado debe adoptar medidas legales o cualesquiera otras que fueren necesarias, según su ordenamiento jurídico interno, para cumplir con su obligación de asegurar la efectividad del derecho de rectificación o respuesta (párr. 33). Nos encontramos pues ante el caso de la “ley” *motorizadora* de un derecho. En cambio, si se trata de una ley *limitativa*

o restrictiva de un derecho, tendría que ser la ley formal, dictada por el poder legislativo.

En resumen, aunque falte ley reglamentaria de la rectificación o respuesta en un Estado —cosa que implicaría, apuntamos, una verdadera inconventionalidad por omisión—, sus autoridades deben asegurar por otra vía (puede ser una sentencia, tal como lo hizo la Corte Suprema de Justicia argentina en el célebre caso *Ekmejdjian vs. Sofovich*) la vigencia del derecho que tratamos. En cambio, si se tratase de restringir al mismo derecho (*v. gr.*, de darse los supuestos del art. 32 de la CADH), resultaría indispensable la sanción de una ley en sentido formal.

En conclusión, la OC-7/86 supera positivamente una hermenéutica meramente literal o gramatical del artículo 14.1 de la CADH, privilegiando una interpretación *pro personae* o a *favor libertatis*. Al mismo tiempo, incursiona —también útilmente— en el ámbito de la exégesis mutativista por adición, al entender que, a falta de ley formal, el Estado debe recurrir a medidas jurídicas de otra índole para cumplir con el Pacto de San José. En buen romance, no puede alegar su propia torpeza (la omisión en dictar una ley reglamentaria) para negar un derecho reconocido en ese instrumento internacional y al que se ha obligado a no violar, respetar y cumplir.

*Néstor Pedro Sagüés*

### 381. DERECHO DEL REFUGIADO

Es el derecho a obtener refugio y protección, configurado en el orden internacional por instrumentos jurídicos y normas consuetudinarias. Es reconocido y regulado por los Estados en su derecho interno, a toda persona objeto de persecución por razón de la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. No obstante, en amplio sentido suele ser admitido en distintas regiones o por organismos internacionales, por violencia indiscriminada, violación sistemática de los derechos humanos, cuestiones climáticas o por causa del hambre, entre otras circunstancias que *de facto* puedan dar lugar a una situación menesterosa en el país de origen o donde antes tuviera su residencia habitual; que tales circunstancias le generen un temor fundado por el cual no pueda o no quiera regresar a dicho lugar. El derecho del refugiado consiste fundamentalmente en la no devolución al país de origen u otro Estado donde su vida o su integridad se pongan en peligro, además del disfrute de diversos derechos en el país receptor, lo que suele ser más o menos generoso en cada país.

Es oportuno aclarar la estrecha relación que existe entre el asilo y el refugio, ya que en la dialéctica construida en el derecho internacional respecto de estos conceptos es común encontrar dificultades de comprensión.

De tal manera que el derecho de asilo consiste en la protección que otorga facultativamente el Estado soberano en su territorio, y es de configuración nacional, situación que para un sector doctrinal importante, en voz del profesor Diego López Garrido (*El derecho de asilo*), se hace muy discutible la concepción del asilo como un verdadero derecho subjetivo. Mientras que la figura del *refugio* es una institución regulada y definida en un marco jurídico internacional, el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo adicional, firmado en Nueva York en 1967, del que se derivan diversas obligaciones para los Estados signatarios, otorga un estatus similar al

asilo, que por lo general es más limitado en tiempo y en contenido de derechos una vez dentro del país anfitrión.

En distintos instrumentos legales de la región de América Latina, el asilo y el refugio se han entendido en cierta medida como sinónimos. De esta forma, se puede ver en los tratados de Montevideo de 1889 (art. 16) y de 1939 (del art. 11-14) sobre Asilo y Refugio Políticos; en el Convenio de La Habana de 1928 (art. 1), y en el Convenio de Caracas de 1954, en que se entiende como una misma cosa el asilo y el refugio (art. 9).

La Convención de Ginebra 1951 no regula el derecho de asilo territorial, y únicamente menciona al asilo en el preámbulo, en lo conducente al “principio de la solidaridad internacional”, respecto de la situación de sobrecarga de solicitudes de asilo o refugio en un Estado miembro. Así, en el sistema de Naciones Unidas vemos que el asilo ha tenido su regulación específica como una institución distinta al refugio en la Declaración sobre Asilo Territorial, del 14 de diciembre de 1967.

Por su parte, en Europa no existe un marco jurídico regional *ad hoc* sobre refugio o asilo; sin embargo, la normativa de la Unión Europea ha ejercido notable influencia en el derecho interno de los Estados hacia la concepción del asilo como sinónimo del refugio, obligando a modificar o crear nuevas leyes de asilo nacionales.

Por ejemplo, el caso español, en la Ley 5/198, establecía dos títulos: uno relativo al derecho de asilo, y otro a la condición de refugiado, en donde se regulaban por separado las condiciones específicas de ambos estatutos, escenario que se modificó con la ley 9/1994, del 19 de mayo, con marcada influencia comunitaria, en la que se suprimió el título segundo, relativo a la condición de refugiado, unificando dichos conceptos, a fin, según su exposición de motivos, de evitar confusiones y abusos. Dicha norma define al asilo como “la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951” (art. 2.1).

En este caso, el reconocimiento de la condición de refugiado es condicionante del otorgamiento del derecho de asilo, consolidando un sinónimo *de facto*. Sin perjuicio de lo anterior, algunos Estados comunitarios han otorgado protección a personas que escapaban de la definición de la Convención Ginebrina, y que por tanto no son refugiadas en sentido estricto; sin embargo, son consideradas “refugiadas de facto”; es decir, acogidas en el ejercicio de la soberanía, tal y como sucede con el derecho de asilo territorial.

Cabe señalar que el derecho del refugiado ha tenido un desarrollo heterogéneo en algunas regiones, como la africana y la latinoamericana, donde se han adoptado textos jurídicos con definiciones más amplias, que destacan en ese sentido por contemplar nuevos motivos que dan lugar a una persecución, lo que en opinión de un sector doctrinal importante debería hacer el Convenio de 1951 y su Protocolo de 1967. Sin embargo, se entiende incluso por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que las comentadas definiciones son de índole peculiar, en tanto que atienden cuestiones sobre refugiados a la luz de las circunstancias de cada zona geográfica específica.

En este sentido, la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969, en su definición de refugiado, reproduce el art. 1, párrafo 1, de la Convención de Ginebra de 1951, que únicamente reconoce la condición de refugiado por sufrir persecución en razón de la raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas y pertenencia a determinado grupo social. Sin embargo, en su segundo párrafo reconoce también como refugiado a toda persona que a causa de una agresión exterior, una ocupación o dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben el orden público, en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, se vean obligados a huir, lo cual constituye una definición más amplia, en la que no se requiere del elemento de la persecución discriminada.

En Latinoamérica, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, de noviembre de 1984, también contiene una definición más generosa respecto del Convenio de Ginebra de 1951. De tal modo, se considera refugiada a toda persona que ha huido de su país 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.

En la actualidad, el desarrollo disímil y más realista sobre la regulación del derecho del refugiado en los sistemas regionales de protección de derechos humanos, e incluso en algunos sistemas jurídicos nacionales, sugiere cierta obsolescencia del marco internacionalista clásico de Naciones Unidas en dos sentidos, a saber: primero, por dejar fuera de su definición a distintos colectivos de personas que requieren de protección internacional; segundo, por permitir que los Estados miembros realicen exámenes de reconocimiento de la condición de refugiado en extremo rigurosos, exigiendo estrictamente experiencias personales de persecución e imponiendo una excesiva carga de la prueba al solicitante.

*Carlos Alberto Prieto Godoy*

### 382. DERECHO HISPANOINDIANO

Cuando escuchamos hablar del término “derecho hispanoindiano” puede resultarnos algo simple, pero entender y comprender el abismo que representaba para los naturales de las indias españolas —América, Asia y Oceanía—, el derecho impuesto por la monarquía a principios del siglo XVI, nos resulta impensable. A lo que en realidad nos referimos los historiadores del derecho al acuñar este término no es más que a la herencia jurídica con diversas implicaciones sociales, económicas, políticas y religiosas que representó, en el caso específico de América, la fusión e implementación de las disposiciones normativas que serían piedra angular y primera para la organización y funcionamiento de esos territorios, y que con el paso del tiempo se fue perfeccionando a manera de hacer más práctica y segura la protección de los actores principales: la Corona y los indios.

Las disposiciones jurídicas adoptadas expresamente para su aplicación en el territorio de la América española son primordialmente de tradición castellana a falta de disposiciones especiales; y muy a pesar de que la Corona española tenía la influencia tanto de Aragón por el rey Fernando II como de Castilla por la reina Isabel I, esta última aportó la mayor tradición jurídica que conservamos hasta nuestros días.

De esta forma, el derecho hispanoindiano se encuentra compuesto por las instituciones del derecho castellano y por diversas costumbres indígenas. Bajo este tenor, es importante destacar que esta tradición jurídica aplicada en el territorio de las indias se trató de adaptar lo mejor posible al derecho peninsular, y era primordialmente de tradición casuística, a fin de procurar una solución justa para cada situación concreta, y preferentemente aplicable, dependiendo de la región de la que se tratara, y, por supuesto, dotadas de un amplio sentido religioso, ya que a través de la evangelización de los indios se lograban mejores resultados al momento de aplicar las disposiciones legales; claro ejemplo de ello son las congregaciones o reducciones de pueblos en la Nueva España, con las que se logró —como su nombre lo indica— congregar a los indios en territorios menos accidentados y más llanos, que les permitiera a los funcionarios indios y evangelizadores tener acceso y control para la recaudación de impuestos y la introducción a la vida católica de los nativos.

Diversas fueron las fuentes jurídicas de las que se nutrió el derechos hispanoindiano; entre ellas se encuentran: 1) las capitulaciones, que eran los acuerdos de derecho público celebrados entre la Corona y un particular, por el cual la primera concedía su permiso para llevar a cabo la realización de un fin determinado a cargo del segundo, en las cuales la Corona otorgaba mercedes específicas condicionadas al buen éxito de la empresa; 2) las instrucciones, que eran disposiciones expedidas por el Consejo de Indias, y que establecían jurídicamente mandatos; 3) la compilación de disposiciones dictadas por las audiencias; 4) el fallo de los tribunales constituido como jurisprudencia; 5) las costumbres de derecho indígena que no contravinieran lo antes establecido por el derecho español, así como 6) la literatura jurídica elaborada por los expertos en derecho.

De ahí que la importancia que representa para el estudio del derecho procesal constitucional la tradición jurídica de nuestro sistema vigente se encuentra comprendida dentro de la realidad del fenómeno histórico-social de las instituciones del derecho hispano-indiano. Solo por mencionar algún caso a manera de ejemplo, se encuentra el antecedente del juicio de amparo en los recursos interpuestos ante la Gran Audiencia de México y el recurso de nulidad por injusticia notoria, de la que varios iushistoriadores han abordado en diversas obras.

*Mariana Durán Márquez*

### 383. DERECHO HUMANO AL AGUA (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

Son diversos los pronunciamientos que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en torno al derecho humano al agua. En ellos ha dejado ver como eje rector de sus criterios que el acceso al agua debe ser suficiente, salubre, aceptable y asequible, ello para lograr su abasto en condiciones de calidad y disponibilidad.

Al respecto, cabe destacar el amparo en revisión 631/2012, mejor conocido como el caso *de la Tribu Yaqui o del acueducto independencia*. La importancia y trascendencia del asunto descansa en la materia de los derechos al territorio, al agua, y a la consulta de pueblos y comunidades indígenas de acuerdo con sus usos y costumbres. El tema central radicó en la construcción y operación

del proyecto llamado “Acueducto Independencia”, el cual pretendía trasvasar el agua del río Yaqui a la ciudad de Hermosillo. Sin embargo, con ello se lesionaba el derecho de la tribu yaqui para disponer de 50% del agua del río, que le correspondía por virtud de un decreto presidencial de 1940. Aunado a ello, el proyecto se estaba realizando sin ningún tipo de consulta previa hacia dicha población.

En su fallo, la Corte confirmó el amparo al considerar que no existió llamamiento y garantía de audiencia para respetar los derechos de la comunidad indígena, a pesar de que se había realizado una reunión pública de información. La consulta debía hacerse adecuadamente, esto es, de manera informada, de buena fe, con la finalidad de obtener su consentimiento y a través de sus representantes tradicionales, a fin de respetar sus costumbres y tradiciones. Al respecto, cabe destacar que el entonces ministro José Ramón Cossío Díaz formuló un voto particular en la aclaración de sentencia. Sus principales argumentos en lo que concierne a este tema fueron los siguientes: “Me parece que la concesión del amparo en contra de la resolución de manifestación de impacto ambiental emitida por la SEMARNAT que autorizaba la construcción y operación del acueducto independencia por no haber otorgado el derecho de audiencia (consulta), a través de las autoridades tradicionales, a la Tribu Yaqui del pueblo VICAM, Sonora, necesariamente tiene el alcance y efecto de que deje de operar el acueducto, pues dicha resolución de manifestación ambiental no solamente autorizaba la construcción, sino también la operación del mencionado acueducto”. En la propia sentencia de amparo se dijo de manera clara que esta operación era susceptible de afectar: “el derecho de disposición que le fue reconocido a la Tribu Yaqui en relación al recurso natural que se encuentra almacenado en la presa denominada ‘la angostura’, que deriva de la dotación del 50% del almacenamiento de dicha presa”. Asimismo, se sostuvo que el derecho de disposición del recurso natural que le fue reconocido a la Tribu Yaqui “es susceptible de ser afectado por la autorización de la operación del ‘Acueducto Independencia’”; igualmente se precisó que “la susceptibilidad de afectación a los derechos de la Tribu Yaqui, más que derivar de la autorización de la construcción y de las demás obras que integrarán el ‘Acueducto Independencia’, podría generarse en la operación del mismo, pues el derecho que pudiera afectarse es la disposición del recurso natural vital con el que cuenta la Tribu”.

En este voto, José Ramón Cossío Díaz destacó que el derecho de disposición del recurso natural que le fue reconocido a la tribu yaqui era susceptible de ser afectado por la autorización de la operación del Acueducto Independencia. Más allá de la importancia de reconocer a la tribu su derecho a la consulta previa, era necesario mirar otros derechos susceptibles de vulneración, como lo era el derecho al agua.

Otro pronunciamiento de la Corte fue el emitido en el recurso de inconformidad 49/2014, luego de que un ciudadano reclamara el desabasto de agua potable y se inconformara con el incumplimiento en garantizarle el acceso al vital líquido. Al respecto, se consideró fundada la inconformidad porque, contrario a lo determinado en el acuerdo impugnado, las autoridades responsables aún no habían acreditado que el vital líquido le estaba siendo proporcionado a la parte quejosa en los términos precisados en el fallo protector. Se destacó que para tener por cumplido el fallo protector no bastaba

con acreditar que en el domicilio de la parte quejosa existía una toma de agua sin reparar, en las características y volumen proporcionado del vital líquido, pues de lo contrario se soslayaría el hecho de que en la sentencia de amparo se hizo referencia a que el líquido debía entregarse, preferentemente, en las cantidades establecidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) para considerar satisfecho el referido derecho humano, es decir, entre 50 y 100 litros de agua por persona y por día.

En este sentido, se expresó: “para tener por cumplido el fallo protector no basta con acreditar que existe una toma de agua en el domicilio de la quejosa, pues con ello se llegaría al extremo de considerar cumplimentado el derecho al agua de las personas, únicamente con proveer un minuto de agua a la semana el vital líquido.” Sin duda alguna, con este caso se dejó precisado el criterio de que la distribución del vital líquido debe realizarse de manera equitativa y conforme a las directrices de la OMS.

Finalmente, también es importante destacar algunos de los criterios emitidos por órganos colegiados en torno a este derecho: “Derecho humano de acceso al agua garantizado en la Constitución federal y en la legislación del estado de Quintana Roo. Sus características”, que hace referencia a que el derecho humano de acceso al agua conlleva ciertas características, como su disponibilidad, alusión a que no se suspenda y que sea suficiente, así como que sea de calidad, esto es, salubre y accesible. Asimismo, “Derecho humano de acceso al agua. Obligaciones que impone a los Estados y a los agentes no estatales”, que señala los tres tipos de obligaciones que tiene el Estado para garantizar el acceso: abstenerse de obstaculizar directa o indirectamente su goce; impedir injerencia de terceros y, por último, adoptar las medidas legislativas, administrativas o presupuestarias de promoción para hacerlo plenamente efectivo.

*Dulce María Milán Rodríguez*

#### 384. DERECHO HUMANO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO

El agua es un recurso hídrico y un bien universal que juega un papel importante como necesidad humana básica y como condición necesaria para el desarrollo de una sociedad; de ahí que su acceso y su uso deba ser garantizado como derecho humano básico. Sin embargo, de acuerdo con Gilbert F. Houngho, presidente de ONU-Agua, más de 2 mil millones de personas carecen de acceso al agua potable y más del doble de esa cifra no cuenta con acceso a servicios de saneamiento seguros (Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2018).

El significado y contenido de este derecho ha sido desarrollado desde 1966, año en el que se firmó el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En 1977, la celebración de la Conferencia del Agua de las Naciones Unidas impulsó la toma de conciencia sobre su importancia, y en las décadas de 1980 y 1990, declaradas como el Decenio Internacional del Agua Potable y el Saneamiento Ambiental, su relevancia se hizo manifiesta. No obstante, fue hasta el 28 de julio de 2010, por virtud de la Resolución 64/292, que la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano, al señalar: “el derecho al agua potable y el saneamiento es

un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

Al respecto, en 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas emitió la Observación general 15, en la cual se dotó de contenido y alcance al derecho humano al agua, al definirlo como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Agregó que un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina, así como las de higiene personal y doméstica. De ello precisamente se trata el saneamiento: de eliminar higiénicamente las excretas y aguas residuales y tener un medioambiente limpio y sano, tanto en la vivienda como en las proximidades de los usuarios; es decir, el derecho humano al saneamiento comprende seguridad y privacidad en el uso de estos servicios, de acuerdo con el Programa Conjunto de Monitoreo para el abastecimiento de agua y saneamiento, efectuado por la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (OMS/UNICEF).

En este sentido, se puede afirmar que el derecho humano al agua y al saneamiento resulta fundamental para el disfrute de una vida digna y es condición previa para la realización de otros derechos humanos, como el derecho a la salud, a la alimentación y a la vivienda.

Ahora bien, en el ámbito nacional, su reconocimiento se consolidó el 8 de febrero de 2012, cuando se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se declaró reformado el artículo 4 de la Constitución, que establece: “Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines”. Ante este marco legal, México asume la responsabilidad de respetar, proteger y garantizar su cumplimiento en forma accesible, suficiente, salubre, aceptable y asequible con participación de la ciudadanía. Resulta necesario comprender cada una de estas condiciones y reconocer los límites a vencer para garantizar su pleno cumplimiento, atendiendo el tema de la viabilidad en las condiciones de satisfacción.

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, para un adecuado acceso y ejercicio del derecho al agua y al saneamiento resulta importante que se observen y garanticen las siguientes condiciones: a) disponibilidad: el abastecimiento debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Según la OMS, son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona al día para garantizar que se cubran las necesidades básicas y que no surjan grandes amenazas para la salud; b) calidad: el agua debe ser salubre y, por tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas; c) accesibilidad: el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna. De acuerdo con la OMS, la fuente de agua debe encontrarse a menos de mil metros del hogar y el tiempo de

recogida no debe superar los 30 minutos; *d*) asequibilidad: garantizar que su suministro no comprometa la capacidad de las personas para adquirir otros bienes y servicios esenciales. El gasto por estos servicios no debe superar el 3% de los ingresos de una familia, según el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo; *e*) no discriminación: por ningún motivo se debe impedir el acceso al agua, y *f*) acceso a la información: se tiene el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre cualquier cuestión relacionada con el agua.

Como se observa, el acceso al recurso hídrico debe ser garantizado por el Estado bajo ciertas condiciones. Se trata de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho humano al agua, esto es, por una parte, que a nadie se le puede privar del acceso al agua y, por otra, se requieren y son necesarias acciones proactivas del Estado para propiciar que las personas logren el acceso a ella cuando no lo tienen.

*Dulce María Milán Rodríguez*

### 385. DERECHO HUMANO AL DEPORTE

El deporte tiene muchas formas de manifestación social y se ha constituido en un derecho humano inherente a la persona. En la evolución de los derechos humanos, pertenece a la segunda generación: económicos, políticos, sociales y culturales, por lo que su naturaleza es de corte social o programático, va dirigido a sectores o grupos sociales, y para que se constituya en accesible, real y disfrutable, el Estado, a través de los órganos de gobierno, debe realizar financiamiento, acciones, programas, estrategias y, en general, ser creador de una red pública de instalaciones que dé cobertura a la práctica del deporte en su conjunto, con el fin de que las personas lo gocen de manera real y efectiva.

El derecho que tratamos se compone por: la práctica del deporte, la cultura física, la educación física, la recreación, entretenimiento, el ocio o tiempo libre, por lo que adquirió reconocimiento y especificidad en los textos constitucionales y documentos internacionales. Por lo que hace a la Constitución, fue reconocido por virtud de norma positiva, integrada en la parte programática, y es así como se obliga al gobierno a promocionar, fomentar, estimular y desarrollar programas basados en políticas públicas para hacerlo progresivo y asequible a las personas. Por lo que se refiere a los documentos internacionales, la Unión Europea presenta una definición del término *deporte*, por medio del Consejo Europeo, en el artículo 2 de la Carta Europea del Deporte: “Cualquier forma de actividad física que, a través de participación organizada o no, tiene por objeto la expresión o mejoría de la condición física y psíquica, el desarrollo de las acciones sociales o la obtención de resultados en competición a todos los niveles.” La definición aporta en su construcción un amplio radio, al contemplar el ámbito federativo y fuera de él, y con independencia de la causa u objeto que lleve a la persona a la práctica del deporte.

El derecho en estudio se constituye en una conquista por el hecho de haber logrado su reconocimiento y su especificidad, la cual tiene las siguientes funciones:

*Educativa:* la actividad deportiva está considerada como un instrumento para equilibrar la formación y el desarrollo humano de la persona a cualquier edad. Los valores del deporte son el vehículo adecuado para desarrollar el conocimiento, la motivación, las capacidades y la disposición para el esfuerzo personal.

*Mejora de la salud pública:* la actividad física mejora la salud de los ciudadanos y contribuye a prevenir y a luchar contra algunas enfermedades, como las lesiones cardíacas o el cáncer; y puede contribuir al mantenimiento de la buena salud y calidad de vida a una edad elevada.

*Social:* permite tener una sociedad más tolerante, por lo que supone un instrumento adecuado “para luchar contra la intolerancia y el racismo, la violencia, el abuso de alcohol o el uso de estupefacientes, el deporte puede contribuir a la integración de las personas excluidas del mercado laboral”. Puede facilitar la integración de los inmigrantes y las personas de origen extranjero en la sociedad, y servir de apoyo al diálogo intercultural.

*Lúdica:* la actividad física es una parte importante del ocio y del entretenimiento individual o colectivo.

*Cultural:* la práctica deportiva permite al ciudadano arraigarse mejor en un territorio, conocerlo e integrarse mejor, y con respecto al medioambiente, buscar una mejor y mayor protección.

Por ello, pertenece a una generación de los derechos humanos que tienen como finalidad la protección de derechos de corte colectivo y social, y que en su progresividad va adquiriendo relación con otros derechos humanos conexos que amplían la esfera de su protección, como el derecho a la salud, al trabajo, a la educación, de asociación, de alimentación, a un ambiente sano, que se fortalecen y no le restan trascendencia e importancia en su reconocimiento e individualidad, ya que también tienen vida jurídica propia.

**Isidro Mendoza García**

### 386. DERECHO INDÍGENA

El derecho indígena es el conjunto de normas reconocidas por los pueblos originarios de México para regular las relaciones entre sus miembros y su entorno natural, cuya observancia es coactiva. Estas normas se caracterizan por ser, preponderantemente, orales y consuetudinarias. El derecho escrito deriva de la ley; el derecho consuetudinario indígena deriva de la costumbre.

Se suele nombrar también como “derecho indígena” al conjunto de normas que el Estado (a nivel nacional o internacional) reconoce en relación con los pueblos indígenas que habitan en su territorio, donde se incluye la regulación a los sistemas normativos internos de los indígenas.

Los sistemas normativos de los pueblos indígenas han vivido, históricamente, en un contexto de colonialismo jurídico. El imperio azteca, el imperio español y el sistema republicano mexicano decidieron respetarlos siempre y cuando no violaran las normas establecidas por ellos.

Los aztecas respetaron los sistemas normativos indígenas cuando no pusieran en riesgo su control; los españoles respetaron los “usos y costumbres” indígenas siempre que no fueran en contra de las normas de Castilla ni en contra de la moral cristiana (los llamaron *fueros*), y el sistema jurídico mexicano reconoce la existencia en su seno del derecho indígena si respeta los derechos humanos vigentes. Este último caso, si bien sigue el esquema de un integracionismo jurídico estatal, ha sido no ya el producto de una imposición, sino de la aceptación voluntaria (producto de una negociación) entre los indígenas (catalizados por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional) y el Estado mexicano (reforma constitucional al art. segundo, de 2001).

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en nombrar al derecho indígena: se le suele llamar *usos y costumbres*, *costumbre jurídica*, *derecho consuetudinario* o *sistemas normativos*. A pesar de esta falta de consenso, lo que sí se ha logrado es que haya un acuerdo en considerar que la concepción y práctica del orden interno de los pueblos indígenas es necesario respetarlo y desarrollarlo ya que forma parte de su cultura. La Constitución utiliza indistintamente los términos “usos y costumbres” y “sistemas normativos”, en su art. segundo (2001). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos Indígenas (1989) utiliza el término “derecho consuetudinario”, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) emplea el término “costumbres o sistemas jurídicos” (art. 34).

La cultura jurídica indígena actual caracteriza, principalmente, a sus normas como orales y consuetudinarias. En la comunidad indígena la palabra vale todavía, sobre todo la de los ancianos reunidos en concejo o en asamblea comunitaria (órgano legislativo). Los hábitos sociales o costumbres adquieren la categoría de obligatoriedad, por lo que su desacato acarrea una sanción. Los valores que la norma indígena reproduce están relacionados con la preservación del equilibrio inestable entre los elementos humanos y naturales, son valores ecológicos. Esta relación está regulada por la fraternidad; el hombre no está por encima de los demás elementos de la naturaleza: el hombre es el hermano hombre; el agua, la hermana agua; el fuego, el hermano fuego... La norma indígena no es el producto único del egoleislador humano (derecho antropocéntrico), sino que el hombre debe tomar en cuenta las razones de la naturaleza para legislar con ella y no en su contra (derecho antropoecológico).

La jurisprudencia mexicana ha impulsado la aplicación obligatoria del derecho indígena estableciendo un “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas” (2013). La jurisprudencia interamericana ha tenido también una postura activa en la materia, como lo destaca Alma Liliána Mata Noguez en “Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos” (2011).

El derecho constitucional mexicano tiene una doble tarea al reconocer el *principio del pluralismo jurídico* como decisión jurídico-político fundamental. Por una parte, debe establecer las normas de coordinación entre las jurisdicciones estatales (federal y locales) e indígenas, para garantizar el respeto y desarrollo del derecho indígena; y por otra, debe brindar a sus operadores judiciales los conocimientos suficientes para que en el desempeño de su labor apliquen el derecho indígena, y así garantizar el derecho de los indígenas a acceder a la justicia del Estado, no solo a nivel federal, sino también local.

Para que el cumplimiento de la primera tarea se inscriba en el espíritu del respeto y desarrollo del derecho indígena, su *validación* por parte del Estado deberá reglamentarse reconociendo (además de su plena jurisdicción), que sus procedimientos y resoluciones tienen efecto de pleno derecho, y que solo serán apeladas a petición de parte cuando se considere que se violaron sus derechos en un tribunal integrado por miembros nombrados por los propios pueblos indígenas, que conocen el idioma y la cultura de ellos (como es el caso a nivel local, de la Magistratura en Asuntos Indígenas, del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo).

*Jorge Alberto González Galván*

### 387. DERECHO INDÍGENA (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

Quien reconoce una acción como exigible o permitida es el Estado. En el desarrollo histórico del Estado mexicano hay que distinguir las acciones que fueron exigibles o permitidas a los pueblos indígenas y sus comunidades en el periodo colonial (el Estado monárquico) y en el periodo independiente (el Estado republicano).

El Estado monárquico castellano reconoció como principal derecho (*lo que está permitido*) de las poblaciones sometidas el de ser evangelizadas. Por ello, nombró a fray Bartolomé de las Casas, promotor de este derecho, como Protector Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas. La monarquía *permitió* también a los indígenas (entiéndase, les concedió el derecho a ejercer sus normas internas propias siempre que no contravinieran las normas de Castilla ni los principios de la moral cristiana. Reconoció igualmente a los indígenas como *vasallos libres de la Corona*.

Los pueblos indígenas pudieron acceder a la justicia real para que pudieran hacer *exigibles* aquello que les fue permitido a través del Juzgado General para Indios. El contexto de colonialismo jurídico que padecieron los pueblos indígenas en este periodo nos permite aclarar que los derechos fueron *graciosas concesiones* del poder hegemónico, cuya exigibilidad siempre estuvo condicionada a la no afectación de los intereses de la Corona (este es el sentido sociológico de la consigna que acompañaba la legislación: “Obedézcase, pero no se cumpla”).

El Estado republicano mexicano del siglo XIX no consideró a los pueblos indígenas y a sus comunidades como sujetos de derechos. Bajo el lema de “Supresión de Fueros y Privilegios”, los sistemas normativos internos indígenas pasaron a la clandestinidad. El principio de igualdad jurídica provocó que los derechos que el Estado les concediera y fueran exigibles serían solo a título individual (como cualquier mexicano). El proceso de privatización de la tierra colectiva indígena hizo igualmente que la cultura indígena se debilitara al perder la propiedad territorial, puesto que la tierra, la madre tierra, es la matriz y el motor de sus creencias y prácticas sociales, jurídicas y políticas.

Los pueblos indígenas y sus comunidades recuperaron, en el siglo XX, parte de sus tierras (derechos comunales y ejidales); sin embargo, el Estado desarrolló, de manera unilateral, una política de “mexicanización” de los indígenas para *permitirles* acceder a los beneficios culturales de la sociedad que habla castellano y reproduce los valores de la modernidad. Esta política etnocentrista fue criticada por la antropología crítica y desterrada en la revisión del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas, de la Organización Internacional del Trabajo (1989). La revuelta indígena encabezada por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, en 1994, vino a consolidar un proceso de cambio en la política estatal: los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades ya no serían concesiones del poder público dominante, sino *reconocimientos* de su existencia y desarrollo. Se pasa de un largo e indigno proceso de imposición de lo que deberían ser los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades, a un proceso de participación, corresponsabilidad y solidaridad.

Admitir que los pueblos indígenas tienen derechos por ser culturalmente diferentes no ha sido una tarea fácil. El fin de siglo pasado renovó el debate

por el reconocimiento constitucional de los derechos sociales. Los derechos de los trabajadores y de los campesinos en la Constitución de 1917 nos ubicó como el primer Estado *social* de derecho, ampliando la protección estatal a los derechos, no solo individuales, sino también colectivos. La reforma constitucional de 2001 en materia indígena nos coloca igualmente entre los países que han incorporado el *principio del pluriculturalismo* como decisión político-jurídico fundamental. Con el reconocimiento de la composición pluricultural de la nación mexicana, México se incorpora, así, a los países que se encuentran en proceso de consolidar el *Estado pluricultural de derecho* también como decisión jurídico-político fundamental al extender la protección de derechos de los individuos a los grupos que son social, económicamente desfavorecidos, y ahora, *culturalmente diferentes*.

El derecho matriz de un pueblo es su libre determinación. La libre determinación es para un pueblo lo que la libertad es para un individuo: su razón de ser y estar sobre la Tierra. Así como el Estado se compromete a garantizar la libertad del individuo para que pueda elegir lo que ha de ser su desarrollo sentimental, familiar y profesional, el Estado se obliga también constitucionalmente a garantizar a los pueblos indígenas su libre determinación para que puedan elegir lo que ha de ser su desarrollo social, político y económico. El *principio de la libre determinación indígena* puede considerarse otra decisión jurídico-político fundamental que la reforma constitucional indígena reconoce en nuestro máximo ordenamiento (art. 2).

Los derechos que se decantan del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, como *entidades de derecho público*, son: los derechos políticos (elegir a sus autoridades y ejercer sus propias formas de gobierno con base en su derecho interno, así como participar fuera de sus comunidades en los Congresos locales y federal con representantes electos por ellos mismos sin la participación de los partidos políticos); los derechos jurisdiccionales (aprobar y aplicar sus normas propias respetando los derechos humanos, en particular los de las mujeres, así como participar en la creación e integración fuera de sus comunidades de los tribunales especializados en materia indígena a nivel local y federal), los derechos territoriales con procesos de remunicipalización (art. 2, apartado “A”). La lógica jurídica sugiere la existencia de una ley reglamentaria de este apartado; es decir, de autonomía indígena, que está por hacerse.

El derecho matriz que se reconoce a los pueblos indígenas y sus comunidades como *entidades de interés público*, por ser poblaciones social y económicamente desfavorecidas, está sustentado en el *principio de participación indígena* como otra novedosa decisión jurídico-político fundamental de nuestra Constitución, que consiste en el derecho a participar en el diseño y operación de las instituciones y políticas públicas tendientes a garantizar la vigencia de sus derechos y su desarrollo integral (art. 2, apartado “B”).

Los derechos que se decantan del derecho de participación son: los derechos lingüísticos (oficializarlos en sus territorios, educación bilingüe); los derechos religiosos (concebir y practicar sus creencias religiosas); los derechos de seguridad social (ampliación de cobertura en las clínicas de salud y no ser discriminados en estas); los derechos sociales (derecho a la vivienda, derecho al empleo); los derechos laborales (protección al trabajo migratorio en el país y en el extranjero); los derechos de las mujeres indígenas (participación en la toma de decisiones y en el desarrollo de sus comunidades).

pación política, apoyo productivo); los derechos económicos (participación en la elaboración de los planes económicos). Para el cabal cumplimiento de estos derechos es necesario considerar la importancia del funcionamiento eficiente del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (13 de marzo de 2003), de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (21 de mayo de 2003) y del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (11 de junio de 2003).

En materia de reconocimiento de los derechos indígenas y su aplicación destacan la siguiente normatividad y estudios en México: Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (vigente desde 1992); Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobado en 2007); el *Estado, los indígenas y el derecho* (del autor, 2010); *Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos* (de Alma Lilia Mata Noguez, 2011), y el “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas” (de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013).

**Jorge Alberto González Galván**

### 388. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

*Definición.* Son las normas jurídicas de origen convencional o consuetudinario aplicables en conflictos armados internacionales o internos, que buscan proteger elementos mínimos de carácter humanitario ante las necesidades militares en conflictos armados.

Se identifica como *ius in bello*, derecho de guerra o derecho de los conflictos armados. Es una de las ramas del derecho internacional público y es aplicable en contextos de conflictos armados, brindando una protección mínima que debe prevalecer ante estas circunstancias.

El derecho internacional humanitario (DIH) se distingue del derecho internacional de los derechos humanos, ya que este último es aplicable en casos de paz para la protección de los derechos de carácter fundamental de las personas y en algunos casos puede ser susceptible de restricciones o suspensión.

*Antecedentes.* Las normas de DIH, al menos las convencionales, son de origen reciente, tras finalizar la Segunda Guerra Mundial; no obstante, se pueden identificar antecedentes desde la Roma clásica, que fueron integrando en su momento la que era una doctrina de *ius ad bellum*, que continuó desarrollándose durante la Edad Media. El derecho internacional quiso sustraerse de las teorías sustanciales de la guerra, la cual concluyó con su prohibición, salvo escasas excepciones y con el surgimiento de normas de carácter humanitario, construyendo de esta forma el DIH.

*Diferencias entre ius ad bellum y ius in bello.* Son dos términos que se utilizan en esta área del derecho internacional. El primero es el derecho de hacer guerra; sin embargo, hay que puntualizar que entre las normas de la Carta de Naciones Unidas se prohíbe la guerra y esta solo se permite en casos excepcionales, como la legítima defensa frente a un ataque armado o por decisión del Consejo de Seguridad ante una amenaza a la paz. Por su parte, el *ius in bello* es el derecho aplicable a la guerra, conocido como derecho internacional humanitario, que consiste en las normas aplicables en casos de conflictos armados.

*Integración.* En la actualidad, el derecho internacional humanitario está integrado básicamente por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos, así como normas de carácter consuetudinario. Las normas convencionales son: Convenio I, que protege, durante la guerra, a los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, que protege, durante la guerra, a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, que se aplica a los prisioneros de guerra, y Convenio IV, que protege a las personas civiles, incluso en territorios ocupados. Por otro lado, se aprobaron dos protocolos en 1977, el primero sobre conflictos armados internacionales y el segundo sobre conflictos no internacionales. El último fue aprobado en 2005 y versa sobre un emblema distintivo adicional.

*Mireya Castañeda*

### 389. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

*Definición.* Son las reglas, normas y estándares que regulan las relaciones entre Estados soberanos y otras entidades legalmente reconocidas como actores internacionales.

El término *International Law* fue incorporado en el idioma inglés por Jeremy Bentham, en el siglo XVIII, quien señaló que era más adecuado que *law of nations* y el ya tradicional *ius gentium*, el cual debía ser codificado, según planteó. Algunos de los vocablos que se emplean en otros idiomas son *droit international*, *diritto internazionale* y *Völkerrecht*, este último refiriéndose al derecho de gentes.

*Orígenes.* Los orígenes del derecho internacional público provienen del *ius gentium* o derecho de gentes, de origen romano, que se distinguía del *ius civile*, estaba dedicado a regular las relaciones entre pueblos, constituía un derecho supranacional.

El derecho internacional público comenzó a regular las relaciones entre Estados. En esos términos se refirió el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en una de sus sentencias, en 1927, al señalar que “el derecho internacional rige las relaciones entre Estados”. Con posterioridad se incorporaron las organizaciones internacionales y, de igual forma, en algunas áreas en particular, como el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho penal internacional, se incorporó a la persona como sujeto de derecho internacional.

*Fuentes.* El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38, se refiere a las fuentes del derecho internacional, refiriéndose a las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y, como medios auxiliares, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor relieve. Algunos autores han reflexionado sobre algunas otras fuentes no incluidas en este numeral como parte del desarrollo del derecho internacional público, por ejemplo, acuerdos unilaterales o decisiones de organismos internacionales.

Los tratados internacionales son una de las principales fuentes del derecho internacional. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, compiló gran parte de las normas consuetudinarias sobre el derecho de los tratados, incluyendo importantes principios como el *pacta sunt servanda*, en el numeral 26, que indica: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Este principio se ha considerado como un eje central del derecho internacional. En el ámbito

de los tratados internacionales, estos pueden ser bilaterales o multilaterales, sobre diversos temas de la basta agenda internacional, incluidos en materia comercial, derechos humanos, medioambiente.

*Diferencia con el derecho internacional privado.* La definición proporcionada en el primer párrafo atiende al derecho internacional público, a la que se dedica la presente voz. El término “público” se ha utilizado para distinguirlo del derecho internacional privado, el cual ha tenido amplias discusiones teóricas en cuanto a su propia denominación, considerándose una de las más adecuadas la de “derecho conflictual”, al estar encaminado a la determinación de la ley aplicable en una relación jurídica de carácter privado o la aplicación de una sentencia, en donde intervienen dos o más jurisdicciones, que pueden encontrarse dentro del mismo país —donde el conflicto no es internacional— o en distintos Estados, situación por la que se le ha incorporado el vocablo internacional.

*Mireya Castañeda*

### 390. DERECHO NATURAL

I. DEFINICIÓN DE DERECHO NATURAL. Es el derecho contenido en la ley natural. Se entiende aquí la palabra derecho en el sentido del conjunto de preceptos de la ley natural, así como en el sentido de la doctrina racional, o ciencia, elaborada para identificar, explicar y sistematizar el contenido de la ley natural.

II. HISTORIA DE LA NOCIÓN DE LEY NATURAL. La noción de ley natural es muy antigua. En la filosofía griega se reconoce que hay una ley de la naturaleza, superior a las leyes civiles, que los hombres han de obedecer (*Antígona*, versos 449-460). Dicha noción fue recibida por el pensamiento jurídico romano, cuyos juristas reconocen un *ius naturale* (Ulpiano, 1 *Institutiones* D 1,1,3). Después fue asumida por la filosofía cristiana (ver Sto. Tomás de Aquino, *Suma de Teología II*, primera parte, cuestión 94), y en el siglo XVIII por el racionalismo (Grocio, Puffendorf), y se mantiene hasta nuestros días. Es una constante en la historia del pensamiento filosófico, ético y jurídico, pues los hombres siempre han pensado que existe un criterio superior al orden social establecido conforme al cual se puede juzgar la propia conducta y el mismo orden social. La negación de la existencia de la ley natural llevaría a establecer que el único criterio para distinguir entre el bien y el mal es el orden socialmente establecido, por lo que se impediría el cambio y el progreso.

III. LEYES DE LA NATURALEZA Y LEY NATURAL. La ley natural es distinta de las leyes de la naturaleza (o leyes naturales) que rigen el comportamiento de las cosas y de los seres vivos irracionales. Las leyes físicas, químicas, astronómicas o biológicas no son leyes en sentido propio de un mandato imperativo que ha de ser obedecido libremente, sino la constatación de comportamientos de las cosas que necesariamente se producen en determinadas condiciones, como la ley de la gravedad, que constata que todas las cosas tienden hacia el centro de la tierra.

La ley natural, en cambio, es un precepto que ordena a todas las personas practicar determinadas conductas en tanto que son necesarias o útiles para el perfeccionamiento o bien de la persona y de la comunidad. El ser humano, por su propia racionalidad, puede cumplir o no cumplir la ley natural. Pero esta no deja de ser ley o precepto imperativo por el hecho de que no se cumpla

o se ignore incluso por amplios sectores de la población. Su fuerza imperativa no proviene del hecho de que efectivamente se cumpla, sino de la relación que tiene la conducta imperada con el bien personal y de la comunidad.

IV. DEFINICIÓN DE LEY NATURAL. Se puede definir la ley natural como el precepto, o conjunto de preceptos, que ordena la conducta humana hacia la perfección o bien de la persona y de la comunidad. Toda persona, por la mera observación de sí misma y de la vida en común, puede reconocer que hay acciones que por sí mismas la perfeccionan, como la compasión, la colaboración o la solidaridad, y otras que la degradan, como el asesinato, la mentira o el fraude. Desde esta perspectiva, se dice que es una ley “natural” en el sentido de que prescribe las acciones que son conformes con la naturaleza humana.

Por otra parte, también se puede decir que es una ley natural, en el sentido de que es accesible al conocimiento de cualquier persona, independientemente de las creencias religiosas o filosóficas que tenga, porque los preceptos que contienen son evidentes; esto es, que se entienden por sí mismos, y no hace falta demostrarlos, o de sentido común, esto es, verdades conforme a las cuales juzga cualquier hombre sensato.

V. CONTENIDO DE LA LEY NATURAL. El primer precepto de la ley natural, y al que se reducen todos los demás, es el que dice “obra el bien y evita el mal”. Es un precepto que establece la distinción entre acciones que han de practicarse y acciones que han de evitarse, con lo cual establece una limitación al poder humano: no todo lo que es posible es lícito o conforme con la ley natural. Es un precepto de verdad evidente.

Además de este primer principio, contiene otros, que se clasifican en preceptos primarios, que son los más universales y fáciles de conocer, y preceptos secundarios, que son derivados, por deducción de los primeros.

Aunque hay discusión sobre cuáles son en concreto todos los preceptos primarios, se puede considerar que en general se reconocen tres preceptos primarios positivos y cuatro negativos o prohibiciones.

Los preceptos primarios positivos son los que prescriben el deber: *i)* de amor a uno mismo; *ii)* de amor al prójimo como a uno mismo, y *iii)* de amor a Dios sobre todas las cosas. Se advierte que estos preceptos son generales, pues no indican acciones concretas que deben practicarse, sino una dirección o finalidad de la conducta (el bien propio, el bien del prójimo y el bien o gloria de Dios), que puede materializarse en muchas conductas concretas, como cuidar la salud, estudiar, adquirir virtudes, conseguir bienes, ayudar al necesitado, colaborar con la comunidad, dar culto a Dios, etcétera. No obstante su generalidad, son preceptos que iluminan el sentido de la vida y de las decisiones que cada quien van tomando cada día.

Los preceptos primarios negativos o prohibiciones son los que prohíben: *i)* el homicidio; *ii)* el adulterio, entendido en el sentido de relación sexual con persona ajena, es decir, con persona con quien no se tiene un compromiso recíproco de entrega por toda la vida; *iii)* el robo, en cualquier modalidad, y *iv)* la mentira. Se dice que estos preceptos son negativos porque señalan un deber de no practicar conductas que son opuestas al bien personal y de la comunidad, pero tienen en realidad un sentido positivo en tanto que, por una parte, impiden que se practiquen conductas negativas, y por la otra, afirman implícitamente las conductas opuestas: el respeto de la vida y la integridad

corporal, la integridad del amor conyugal, el respeto a la propiedad ajena y el deber de veracidad.

Como preceptos secundarios de la ley natural se pueden citar estos: el deber de cumplir las promesas (derivado de la prohibición de la mentira y del deber de veracidad), de devolver los préstamos (derivado de la prohibición del robo y del deber de respetar la propiedad ajena), de colaborar con el bien y progreso de la comunidad en que uno vive (del deber de amor al prójimo), de compartir los bienes especialmente con el necesitado (del deber de amor al prójimo), de cuidar la propia salud (del deber de amor propio), de fidelidad conyugal (de la prohibición del adulterio). Podrían citarse otros más, pero los ya citados muestran que son preceptos de fácil comprensión y de verdad cuasi evidente.

VI. UNIVERSALIDAD DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY NATURAL. La universalidad de los preceptos significa que se destinan a todos los hombres. Esto mismo se expresa cuando se dice que la ley natural es la misma para todos los hombres.

Los primeros principios de la ley natural es claro que se dirigen a todos los hombres sin excepción. El precepto de obrar el bien y evitar el mal se refiere necesariamente a todos, igual que el de amar al prójimo como a uno mismo, o el de no matar a un ser humano inocente.

Los preceptos secundarios, al referirse a situaciones cada vez más concretas, tienen un número de destinatarios más reducido. Por ejemplo, el principio de cumplir las promesas se dirige potencialmente a todos aquellos que hacen una promesa, aunque puede haber personas que nunca prometan formalmente algo; o el de devolver los préstamos, se refiere a quienes han recibido algo en préstamo, o más específicamente el principio de que el juez no puede ser parte en el mismo juicio se aplica expresamente a los jueces, etc.

Se puede concluir que la ley natural es universal, la misma para todos los hombres en sus primeros preceptos, mientras que no tiene esa característica en sus preceptos secundarios.

VII. INMUTABILIDAD DE LA LEY NATURAL. La cuestión acerca de si la ley natural es inmutable o puede cambiar se soluciona considerando de nuevo la distinción entre los preceptos primarios y los secundarios. Los primarios son inmutables, porque expresan juicios imperativos de conducta que son evidentemente conformes con la naturaleza humana, y en ese sentido son verdaderos.

En cambio, los preceptos secundarios pueden variar, no en el sentido de que declaren justo, lo que antes era injusto o viceversa, pero sí en el sentido de que se les puede añadir algo para precisar la conducta imperada. Por ejemplo, el precepto de devolver los préstamos no cambia en el sentido de que pueda enunciar que los préstamos no deben ser devueltos, pero sí se puede precisar que en ciertos casos es mejor retener temporalmente un préstamo que devolverlo, o se precisa cómo ha de hacerse la devolución, en qué condiciones, en qué estado, con o sin accesorios y frutos, etcétera. Esta labor de concreción y determinación de los preceptos secundarios de la ley natural es necesaria dada la generalidad de tales preceptos

VIII. LEY NATURAL Y LEY HUMANA POSITIVA. La existencia y el reconocimiento de la ley natural no está reñida con la existencia de leyes promulgadas por los legisladores de cada pueblo, cuyo contenido son preceptos también imperativos y sancionados por el poder político. La propia ley natural tiene, como precepto secundario, derivado del precepto de amor al prójimo, el que

ordena que todas las personas cumplan las leyes promulgadas por la potestad legítima. Estas leyes son necesarias porque la mayoría de los diversos aspectos de las relaciones sociales y comunitarias no tienen una regulación precisa en los preceptos de la ley natural, que son, aun los secundarios, de contenido muy general.

La ley natural tiene dos funciones respecto de la ley positiva. Una, de carácter indicativo, en tanto que señala campos o ámbitos que la ley humana debe desarrollar; por ejemplo, el principio de que los contratos deben ser cumplidos indica que la ley humana debe precisar el contenido de las obligaciones contractuales; o el principio de reparar el daño injustamente causado hace necesario determinar qué tipo de daños y cómo ha de repararse cada uno de ellos, etcétera.

La otra función es de carácter restrictivo, la de señalar los límites que no han de ser traspasados por la potestad política. Esta es la función primordial de los preceptos negativos o prohibiciones: ni las leyes humanas ni la comunidad política tienen poder para declarar justa la muerte de un inocente, el robo, la mentira o el adulterio.

Si las leyes positivas contradicen en puntos graves la ley natural, los ciudadanos que quieren gobernarse conforme a la razón y no por miedo al poder pueden, haciendo referencia a la ley natural, negarse a cumplirlas. Ese es precisamente el caso que da pie a la primera referencia expresa a la ley natural en la cultura griega: en la tragedia *Antígona*, de Sófocles, el rey Creonte prohíbe que se dé sepultura a Polinices, hermano de Antígona; ella, desobedeciendo el decreto real, da sepultura a su hermano, y cuando Creontes le pide cuentas, ella dice que el decreto del rey no es superior a las leyes no escritas e inmutables de los dioses. El rey, no obstante la razón de Antígona, decide darle muerte. Ella, entonces, dice: “¿Qué esperas, pues? A mí, tus palabras ni me placen ni podrían nunca llegar a complacerme; y las mías también a ti te son desagradables. De todos modos, ¿cómo podía alcanzar más gloriosa gloria que enterrando a mi hermano? Todos estos, te dirían que mi acción les agrada, si el miedo no les tuviera cerrada la boca; pero la tiranía tiene, entre otras muchas ventajas, la de poder hacer y decir lo que le venga en gana”. Finalmente, Antígona es ejecutada.

La ley natural es el criterio primordial para juzgar la conducta humana de todos los hombres, débiles o poderosos. Mientras se tenga conciencia de la ley natural, el poder político no avasallará impunemente, pues el abuso se denunciara como injusto.

*Jorge Adame Goddard*

### 391. DERECHO PROCEDIMENTAL PARLAMENTARIO

Por medio de un Congreso General y un procedimiento legislativo se producen las normas legales sometidas a la Constitución. En el derecho mexicano, son seis las etapas para la elaboración de la ley: *a)* iniciativa; *b)* discusión; *c)* aprobación; *d)* sanción; *e)* publicación, y *f)* iniciación de la vigencia o promulgación. Existen tres fases perfectamente delimitadas que conforman el procedimiento legislativo: *1)* iniciativa; *2)* discusión y aprobación por las cámaras, y *3)* iniciación de la vigencia.

*Fase de iniciativa.* Se encuentra regulada por el artículo 71 constitucional, así como por el 55 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso

General (RICG). El derecho de iniciar leyes conforme a la Constitución corresponde a: presidente; diputados y senadores; legislaturas de los estados, y Congreso de la Ciudad de México, por vía del artículo 122, numeral II, párrafo VI, para presentar iniciativas en materias relativas a la Ciudad de México ante su Congreso local. Los proyectos de ley o decreto pueden presentarse en cualquiera de las cámaras, los cuales pasan a comisión. Sin embargo, esta regla general encuentra dos excepciones, a saber: los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones e impuestos; o sobre reclutamiento de tropas, los cuales, por mandato constitucional (art. 72 constitucional, inciso h), deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados. Para conocer de las iniciativas, es necesario que se integre el quórum de la mitad más uno de los miembros de las cámaras (art. 63 constitucional); finalmente si el proyecto de ley ha sido rechazado por la Cámara de origen, no podrá presentarse en las sesiones de ese año (art. 72 constitucional, inciso g).

*Fase de discusión y aprobación.* Presentado el proyecto de ley o decreto, se da inicio a la etapa de discusión y aprobación; para fijar el contenido de una ley (art. 72 de la Constitución y 95 a 134 RICG.) Recibido el proyecto por cualquiera de las cámaras, el presidente lo turna a la comisión en razón de la materia y se publica en la *Gaceta Parlamentaria*. La Cámara que recibió la iniciativa será la de origen, y la otra, la revisora. Las comisiones presentan el dictamen de su competencia. Todo dictamen debe contener una exposición razonada, fundada y motivada sujeta a votación, firmada por la mayoría. Si alguno no está de acuerdo, podrá presentar voto particular; y se publica, a más tardar, 48 horas antes del inicio de la sesión de discusión y votación, en el cual podrá dispensarse la lectura, previa consulta al Pleno en votación económica. Los dictámenes en su totalidad están sujetos a discusión en lo general, pero en lo particular solo se discutirán los artículos reservados. Para las discusiones en general, cada grupo parlamentario cuenta con 15 minutos; después se abren hasta dos turnos de cuatro oradores en pro y cuatro en contra, que disponen de diez minutos. La participación parlamentaria se realiza según el número de diputados que conforman cada fracción. Agotada la discusión en lo general y en lo particular, en un solo acto se vota el dictamen en lo general y los artículos no reservados. Si el dictamen es rechazado de la discusión en lo general, en la sesión siguiente se discute el voto particular. Si fuesen más de uno, se discutirán el del grupo parlamentario de mayor número de diputados y si este se rechaza, se procederá a discutirlo en la siguiente sesión, y así hasta agotar todos. Sobre la discusión en lo particular, se discutirá cada artículo reservado; cuando el proyecto conste de más de 30 artículos se consultará al Pleno si procede su discusión por capítulos. Si hay acuerdo al respecto, se procederá a abrir un turno de hasta cuatro oradores en contra y cuatro en pro, por cada artículo o grupo de estos; de tal manera que cada orador dispone de cinco minutos si se discute por artículos y de diez minutos cuando se discute por grupo de artículos. Si un artículo o grupo de artículos fuese rechazado por la Cámara, esa parte del dictamen regresará a Comisión para que lo reelabore y lo presente nuevamente en sesión. El resto del proyecto de ley aprobado queda en la Presidencia de la Mesa Directiva y no se turna a la legisladora hasta la presentación de la nueva propuesta de la Comisión dictaminadora y la Cámara resuelva al respecto. Concluidas las discusiones general y particular se procede a la votación. Aprobado un proyecto en la Cámara de origen, pa-

sará a la revisora, que procederá a la discusión y aprobación de la iniciativa de ley. Acto seguido se presentan tres situaciones: 1) que la revisora la apruebe sin modificaciones y se continúe con el procedimiento legislativo, fase integradora de la eficacia (art. 72 constitucional, inciso a); 2) que la ley se deseche en su totalidad por la Cámara revisora, por lo que regresa a la de origen con las observaciones. Una vez examinado y aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes de la Cámara de origen, pasa a la Cámara revisora que lo desechó, lo toma en consideración y, si lo aprueba por la mayoría, pasará a la siguiente etapa del procedimiento legislativo. En caso contrario, si lo vuelve a rechazar, la iniciativa no podrá presentarse nuevamente en el mismo periodo de sesiones (art. 72 constitucional, inciso d), y 3) si no se presenta ninguno de los supuestos anteriores y un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, modificado o adicionado por la Cámara revisora, la discusión de la de origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin alterar los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fuesen aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la de origen, se continúa con el procedimiento legislativo. Si las reformas o adiciones elaboradas por la Cámara revisora fueran rechazadas por mayoría en la de origen, la iniciativa volverá a aquella para que considere las razones expuestas por esta y si, por mayoría absoluta de los votos presentes, en la Cámara revisora se desecharen en esta segunda revisión, el proyecto que haya sido aprobado por ambas cámaras se someterá a la siguiente fase (art. 72 constitucional, inciso e). Si la Cámara revisora insistiere, por la mayoría absoluta de los votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente periodo de sesiones, a no ser que ambas cámaras acuerden, por mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto solo con los artículos aprobados y que se reserven los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.

*Fase integradora de la eficacia.* Una vez aprobado el proyecto de ley o decreto firmado por los presidentes de ambas cámaras, se comunica al ejecutivo, quien sanciona la ley y ordena su promulgación o expresa su inconformidad formulando objeciones al proyecto. Si el presidente está de acuerdo con el proyecto, procede a sancionarlo y promulgarlo como ley. La sanción es el acto de aceptación de una ley o decreto por el ejecutivo: “Se reputará aprobado todo proyecto no devuelto a la Cámara de origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término, hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido” (art. 72 constitucional, inciso b). Es el momento en el que el presidente puede ejercer su derecho de veto. De esta manera, si el proyecto es devuelto con sus observaciones a la Cámara de origen, deberá discutirlo, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora, y si fuese aprobada por la misma mayoría, el proyecto de ley o decreto será devuelto al ejecutivo para su promulgación, mediante la cual se formaliza la incorporación de la ley de manera definitiva al ordenamiento jurídico (art. 70 constitucional). La publicación de las leyes se realiza en el *Diario Oficial de la Federación*, órgano de difusión del Estado.

*Armando Soto Flores*

### 392. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La expresión “derecho procesal constitucional” tiene tres significaciones. Por una parte se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico (normas procesales de origen constitucional o derivadas de ellas). Así, se habla, por ejemplo, de leyes de jurisdicción constitucional, leyes orgánicas de tribunales constitucionales, o recientemente, de códigos procesales constitucionales. También se utiliza para significar las actuaciones procedimentales que realizan los órganos de justicia constitucional, particularmente las realizadas por las jurisdicciones especializadas (tribunales, cortes o salas constitucionales), pero también las actuaciones o técnicas procesales de jueces ordinarios que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes en sus variadas formas y matices. Una tercera connotación refiere a su carácter científico; es decir, a la disciplina que estudia de manera sistemática la jurisdicción, magistratura, órganos, garantías, procesos, principios y demás instituciones para la protección de la Constitución desde la ciencia del derecho.

Bajo esta última significación se advierten diversidad de posturas y enfoques contemporáneos, esencialmente focalizados con su denominación, su naturaleza jurídica y el contenido de la disciplina. Un primer problema deriva en el *nomen iuris* que debe atribuirse a la disciplina jurídica encargada del estudio del control de constitucionalidad de las leyes, y en general de la supremacía constitucional. Así, se suele referir al “derecho procesal constitucional” como sinónimo de “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”.

Con independencia de las diferencias que pudieran derivarse de estas expresiones, las dos últimas anteceden a la primera. En el trabajo fundacional de Kelsen sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (París, 1928), hace referencia en múltiples ocasiones a los vocablos “justicia constitucional” (incluso en el subtítulo) o “jurisdicción constitucional”, sin diferencias aparentes, para referirse al sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas expresiones entraron al lenguaje habitual de los juristas desde los primeros estudios que analizan las tiernas experiencias de la jurisdicción constitucional concentrada (Austria, Checoslovaquia y España). Particularmente la terminología encontró eco a partir de la segunda posguerra, conforme se fueron afianzando los tribunales constitucionales en las nuevas democracias europeas y fueron apareciendo los estudios especializados. Desde entonces, la mayoría de los autores utilizan ambos términos sin distinguos, y son pocos los que justifican su preferencia a favor de uno u otro. Algunos prefieren la expresión “justicia constitucional”, por ser más amplia en su contenido (si se considera la diversidad de funciones “no jurisdiccionales” que hoy tienen los tribunales constitucionales), mientras que la “jurisdicción constitucional” la entienden limitativa, al centrarse en el órgano concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. En cambio, otros consideran demasiado amplio aquel concepto (pues el término “justicia” entra al campo filosófico), y prefieren el de “jurisdicción constitucional”, al centrarse en el aspecto propiamente “judicial” del control constitucionalidad de las leyes, de tal manera que con la expresión “jurisdicción constitucional” estiman que abarca tanto al órgano “concentrado” como aquellos sistemas con control judicial “difuso” y también los “mixtos” y “paralelos”.

En cambio, la expresión “derecho procesal constitucional” surge con posterioridad, siendo utilizada por vez primera por el jurista español Nice-

to Alcalá-Zamora y Castillo, como naciente “rama procesal”, tal y como lo demuestran sus pioneros trabajos en su exilio en Argentina (1944-1945) y en México (1947). Precisamente en este último país surgen los trabajos sistemáticos de su discípulo Fix-Zamudio (1955-1956), bajo el calor del procesalismo científico de la época, quedando desde entonces reflejada esta corriente. A partir de los años ochenta se divulga especialmente en Latinoamérica, donde se ha desarrollado una doctrina especializada, se han formado institutos (por ejemplo, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional), y se han creado cursos universitarios con esa precisa denominación. Así, con el ánimo de aclarar conceptos, un sector de la doctrina estima que en el fondo las expresiones “justicia constitucional” y “derecho procesal constitucional” no son incompatibles, y más bien resultan complementarias en la medida en que la primera se refiere al conjunto de instrumentos tutelares de la constitución que conforman el contenido del “derecho procesal constitucional”, siendo esta última la disciplina científica que los estudia.

En realidad, el problema de la denominación se encuentra íntimamente vinculado a otro problema relevante, el de la *naturaleza jurídica* del derecho procesal constitucional. En general, existen en la actualidad dos posturas divergentes. La europea, que la considera como una parcela de estudio del derecho constitucional, bajo la denominación mayoritaria de “justicia constitucional”. Esta óptica ha tenido una significación sobresaliente desde la dogmática constitucional, y particularmente derivado del análisis científico de las sentencias constitucionales. La segunda postura, en plena formación, y que podríamos denominar “corriente latinoamericana”, se viene desarrollando paulatinamente con una perspectiva distinta y como consecuencia natural del desenvolvimiento de las distintas ramas procesales. Esta vertiente defiende la “autonomía científica” del derecho procesal constitucional como una nueva manifestación del derecho público con dos variantes: la que predica la “autonomía mixta”, considerando que deben emplearse en su estudio los principios, instituciones, metodología y técnicas del derecho constitucional y del derecho procesal; y la que postula su “autonomía procesal”, que partiendo de la teoría general del proceso se considera que deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, como lo han realizado las distintas ramas procesales, si bien con un acercamiento importante al derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada entre los juristas latinoamericanos y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Bajo esta perspectiva, si bien se fundamenta en su aceptación como una disciplina procesal autónoma, los vasos comunicantes con el derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas (procesal civil o procesal penal, respecto al derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que sus categorías esenciales suelen encontrarse en la propia ley fundamental.

Un tercer problema se dirige al *contenido o superficie* del derecho procesal constitucional. Existe una corriente elaborada en los años setenta, que ha tratado de ahondar en las delimitaciones entre lo “procesal” y lo “constitucional” (Fix-Zamudio). Esta postura parte de las ideas de Couture sobre las garantías constitucionales del proceso civil (1946-48), para proponer la distinción entre dos disciplinas limítrofes y estrechamente vinculadas: el “derecho procesal constitucional” (como rama procesal) y el “derecho constitucional procesal”

(como sector del derecho constitucional). La primera, al estudiar los órganos, garantías e instrumentos procesales para la salvaguardia de la constitución. La segunda comprende las categorías procesales elevadas a rango constitucional, como la jurisdicción, las garantías judiciales (estabilidad, inamovilidad, remuneración, responsabilidad, etc.), y las garantías de las partes (acción procesal, debido proceso, etc.). Cuestión no pacífica en la doctrina contemporánea, al existir también posturas “amplias”, que ubican las anteriores categorías en una sola.

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor*

o