

440. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

El concepto de derecho procesal constitucional de la libertad es sinónimo de jurisdicción constitucional de la libertad, que puede definirse, entendida *lato*

sensu, como el conjunto de procesos de carácter específico y tramitación sencilla y expeditiva, previstos en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el internacional (en sentido propio, es la jurisdicción internacional de la libertad), para la tutela efectiva de los derechos fundamentales y de los que conocen todos o algunos de los órganos judiciales de ese país (dimensión objetiva): recurso o juicio de amparo, acción de tutela, *habeas corpus*, *habeas data*...

Ahora bien, el derecho procesal constitucional de la libertad no debe identificarse, de una manera simplista, con la existencia de una garantía equivalente al amparo ante el tribunal o sala constitucional, sino que, más allá de ello, y salvo en los países de pequeñas dimensiones, lo verdaderamente esencial es la existencia de uno o varios procedimientos judiciales expeditivos específicos para la tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, quienes han de tener la primera palabra al respecto, sin perjuicio de que luego corresponda, como resulta altamente conveniente, a un tribunal constitucional, donde lo haya, o al menos a un tribunal supremo, pronunciar la “última palabra” en determinados casos más o menos excepcionales.

Desde una perspectiva subjetiva y complementaria, puede también entenderse que el concepto hace referencia a los órganos jurisdiccionales encargados de dar efectividad a tales garantías procesales.

Por tanto, el derecho procesal de la libertad es un concepto que, al quedar ceñido a los procesos específicos y expeditivos de tutela, es más restringido que el de justicia constitucional de la libertad (en el que cabría incluir, sin más, a los *Ombudsmen* o al jefe del Estado, por ejemplo) y, obviamente, que el concepto de defensa de la Constitución, en el que las dos anteriores se incluirían.

El concepto, o al menos la terminología, de “jurisdicción constitucional de la libertad” fue acuñado, como enseguida veremos, por Mauro Cappelletti (1955) en su libro *La giurisdizione costituzionale delle libertà*; pero es lo cierto que su valiosa obra no entra apenas en el estudio de la jurisdicción constitucional de la libertad *in genere*, como concepto de teoría de la Constitución, sino que se centra fundamentalmente en el estudio de los recursos constitucionales en la (entonces) República Federal de Alemania, Suiza y Austria. En el mundo jurídico hispano, el concepto de jurisdicción constitucional de la libertad lo ha acogido expresamente Fix-Zamudio, temprano traductor por cierto al castellano de la citada obra de Cappelletti (1961).

Rasgos. Desde una perspectiva de teoría general, los rasgos del derecho procesal constitucional de la libertad serían los siguientes:

- a) Versa sobre mecanismos procesales de protección, sobre procesos.
- b) El objeto de los procesos es la tutela de derechos fundamentales, entendiéndose por tales aquellos derechos humanos *incorporados al ordenamiento jurídico (interno o, en su caso, internacional) de que se trate*, lo que conlleva que el catálogo de los derechos fundamentales recibirá en cada ordenamiento un contenido distinto, según cuáles sean los derechos reconocidos, y en función de ello será más o menos amplio el derecho procesal constitucional o jurisdicción constitucional de la libertad de ese país. No obstante, esta remisión a cada ordenamiento para determinar la lista de derechos fundamentales, a fin de no reducir el derecho procesal constitucional a una categoría puramente formal, hay que matizarla en el sentido de que el catálogo de tales derechos ha de comprender, como mínimo, el “núcleo duro” de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

c) Se trata de procesos jurisdiccionales de carácter específico y tramitación expeditiva y sencilla. Si un derecho vale tanto como valen sus garantías, y a los derechos fundamentales, al ser proyección directa de la dignidad de la persona y ser “fundantes” (*Grundrechte*) del ordenamiento jurídico, les corresponde un “mayor valor”, según doctrina ya clásica, es razonable que para garantizar su protección se articulen mecanismos específicos de tutela. El carácter específico de estos procesos para la tutela de los derechos fundamentales impide considerar como parte del derecho procesal constitucional al sistema general de tutela judicial de los derechos (que se garantiza a través del derecho a la jurisdicción), por más que sea un presupuesto para la efectividad de estos derechos fundamentales y de los demás derechos, o la tutela refleja de los derechos fundamentales que puede llevarse a cabo a través del sistema general de control de la constitucionalidad (incluso cuando ese carácter meramente reflejo de tutela es relativo, como ocurre en el control difuso o el concentrado incidental o normativo concreto), o garantías ya completamente ajenas a lo jurisdiccional, como la división de poderes, por ejemplo. La especificidad no ha de ser meramente formal, sino que materialmente hay unos rasgos que han de caracterizar a estos procesos específicos: a) rapidez; b) antiformalismo; c) amplias facultades del juez, especialmente de naturaleza cautelar; d) carácter preferentemente preventivo; e) amplias facultades para hacer ejecutar lo juzgado.

En cuanto a la tramitación sencilla y expeditiva o sumariedad de estos procesos, es también exigencia derivada de ese “mayor valor” de los derechos fundamentales, que requieren de la existencia no solo de procesos especiales de protección de tales derechos, sino que los mismos sean urgentes, preferentes respecto de los medios de tutela general de los otros derechos e intereses legítimos, y centrados simplificadoramente en la tutela de esos derechos fundamentales. En este sentido, es paradigmático el procedimiento de *habeas corpus*, que tuvo su origen en el derecho angloamericano, pero que ha adquirido un alcance general, al menos en los ordenamientos de Occidente, como instrumento de tutela de la libertad física. La extensión de procedimientos expeditivos y eficaces de índole más o menos análoga para la protección de todos los demás derechos fundamentales de corte clásico distintos a la libertad física hablará del alcance que en un país o sistema internacional tenga el derecho procesal constitucional de la libertad; y en cuanto a los derechos sociales, es aún más preciso encontrar cauces adecuados y específicos (específicos no ya por contraste respecto de los demás derechos no fundamentales, sino también incluso por referencia a los derechos fundamentales clásicos) de tutela, por más que sea obligado reconocer que los mismos no podrán pretender alcanzar, al menos en la mayor de los casos y en la inmensa mayoría de los países, el mismo nivel garantista que sí es posible para los derechos de la primera generación, debido a los recursos limitados ante todo.

d) Ha de tratarse de procesos de probada efectividad. No basta con que se prevean garantías, sino que es preciso que estas sean mínimamente efectivas y tengan una operatividad real también mínima. Especialmente necesario es que brinden la necesaria tutela en un tiempo cuando menos razonable. Con ello se hace referencia a datos en parte sociológicos y que, en otra parte, pueden obtenerse a través de un análisis de las decisiones judiciales y su contenido. No obstante, debe aclararse que el porcentaje de amparos admitidos por

los tribunales constitucionales (que no suele ser superior al 2%, y en Alemania lleva a hablar en la práctica forense y hasta en la doctrina de una *Verfassungsbeschwerde* o recurso de amparo *aussichtslos*, “sin esperanza”), como tampoco el porcentaje de asuntos relativos a derechos constitucionales de que llega a conocer finalmente el Tribunal Supremo de USA por medio del filtro del *writ of certioraty*, no es un criterio válido para juzgar la efectividad del sistema de garantías, que donde han de mostrar su operatividad real y cotidiana es sobre todo ante la jurisdicción ordinaria.

e) Procesos garantistas de naturaleza nacional (y preferentemente constitucional) o internacional. La mayor parte de las garantías de los derechos fundamentales, y en las que en todo caso descansa el núcleo del sistema tutelar de los mismos, son las garantías nacionales. Dentro de ellas es un requisito relativo, aunque de extraordinaria importancia, el de su carácter constitucional, pues no necesariamente las garantías han de tener ese rango, aunque desde luego esta constituya la situación ideal, por cuanto supone una manera de asegurar su permanencia y de su inalterabilidad frente al legislador, permitiendo que los derechos fundamentales se muestren jurídicamente como *Diktaturfestige* (“resistentes a la dictadura”).

Por otra parte, y en relación ya con los procesos internacionales para la salvaguarda jurisdiccional de los derechos fundamentales, tanto en un plano regional como en uno universal, la garantía de tales derechos tropieza con dos dificultades: la soberanía nacional y el puesto del individuo en el derecho internacional. A estos dos problemas se une la falta efectiva de órganos jurisdiccionales que configuren los hechos originarios de las transgresiones o de órganos centralizados que apliquen las sanciones. La soberanía es un obstáculo de difícil superación para la creación de normas obligatorias para los Estados en materia de derechos fundamentales, y más aún en lo que se refiere a sus garantías, siendo ello especialmente cierto en los países descolonizados. Los Estados admiten aún con gran dificultad una autoridad judicial superior, extraestatal, que pueda imponer sus decisiones, y mucho menos que los particulares puedan acudir, tras haber agotado los recursos del derecho interno, a esas instancias superiores a intentar la satisfacción de sus pretensiones. Las garantías de carácter internacional que interesan, hoy por hoy, a los efectos del concepto de derecho procesal “constitucional” de la libertad son algunas de dimensión regional (en particular, el “amparo europeo” ante el Tribunal de Estrasburgo), y ello porque, pese a todos los avances y a la relevancia de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de alcance universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, especialmente), no hay en este ámbito al día de hoy mecanismos de garantía que reúnan las condiciones mínimas para configurar lo que aquí se entiende por derecho procesal constitucional de la libertad.

f) Procesos tendentes a la protección frente a la violación o amenaza tangible de vulneración (de los derechos fundamentales) por los poderes públicos o por los particulares.

Las garantías procesales tienen siempre carácter terapéutico o remedial, constituyen el momento de crisis o peligro del derecho subjetivo, no son su momento habitual y constante, sino el momento, excepcional, en que el derecho fundamental se halla en un peligro, bien porque se ha producido su violación y se trata de ponerle fin de manera inmediata, obteniendo la corres-

pondiente indemnización y dejando liso el camino para la continuidad en su ejercicio, removiendo los obstáculos precisos para ello; bien porque meramente se ha producido una amenaza tangible de lesión del derecho fundamental que justifica la adopción de medidas preventivas o precautorias frente a esa eventual violación.

Ahora bien, la lesión o amenaza de violación en puridad, más que un presupuesto *stricto sensu* de las garantías mismas, se trata de un presupuesto para su *aplicación*, pues esta tendrá muy frecuentemente por objetivo determinar si hubo esa amenaza o violación al derecho en que el peligro, actual o potencial, consiste; basta, pues, con afirmar la existencia de una lesión o una amenaza para que sea posible hacer uso de las garantías del derecho. Distinto es que, en abstracto, conceptualmente, sea preciso que exista esa lesión, actual o al menos potencial, pero esa será normalmente una cuestión precisamente a dilucidar.

Por otra parte, la lesión tanto puede provenir de los poderes públicos *lato sensu* como de los propios particulares. Sin duda, junto a aquellos casos en que se prevea una tutela directa frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho fundamental por particulares habrá países en que las garantías no se extiendan a la protección frente a los particulares, y otros en los que la protección no sea directa, sino por vía indirecta, mediante el control de las resoluciones judiciales que no reparan la violación de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* (doctrina de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales: *mittelbare Drittwirkung* en Alemania, o doctrina norteamericana de la “*state action*”). La Situación ideal, en todo caso, está en una extensión de la jurisdicción constitucional de la libertad a las relaciones entre particulares, siempre, obviamente, que la naturaleza del derecho lo consienta, de modo que también en ese ámbito funcionen garantías procesales específicas, pues también entonces los derechos en juego son derechos de un valor especial, verdaderamente fundamentales, sin que el hecho de que la lesión provenga de otro particular justifique una tutela menos efectiva, mayormente en estos tiempos y en unas sociedades tan complejas como las actuales y de una manera aún más especial en un Estado social.

g) Procesos de garantía cuyo conocimiento y tramitación se atribuye a órganos judiciales nacionales o internacionales. Como ya se ha señalado, desde una perspectiva competencial, es posible diferenciar, por un lado, según la habilitación competencial para conocer de estos procesos corresponda solo al tribunal constitucional u órgano supremo de la constitucionalidad (derecho procesal constitucional de la libertad en sentido reducido), o se extienda a todos o una parte de los tribunales ordinarios (incluyendo, además, en su caso, al tribunal constitucional), que sería el derecho procesal constitucional de la libertad en el sentido lato en que aquí utilizamos el concepto. Y de otro lado, es posible diferenciar entre la tutela específica y sumaria brindada por los tribunales nacionales (incluyendo, en su caso, al tribunal constitucional) a través de los correspondientes procesos, que es lo que constituiría el derecho procesal constitucional de la libertad en sentido propio, y la tutela específica y breve otorgada por determinados tribunales internacionales (singularmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en la medida en que su competencia haya sido reconocida por el país de que se trate, que sería el derecho procesal “constitucional” internacional de la libertad, respecto del que no puede des-

conocerse que si bien se refiere a una tutela internacional, es claro que existe por virtud de un reconocimiento “nacional” de dicha instancia judicial internacional y que su objeto son derechos que, en su mayoría, gozarán también de rango constitucional, más allá de que algunos autores consideren incluso que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos son “tribunales constitucionales”. Lo importante es que dichos tribunales, nacionales o internacionales, gocen de un estatuto mínimo de independencia e imparcialidad que permita considerarlos *in genere*, de hecho y de derecho, como verdaderos tribunales, como una auténtica jurisdicción.

Joaquín Brage Camazano

441. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL ORGÁNICO

Es la rama del derecho procesal constitucional (en lo sucesivo “DPC”) dentro de la que se aglutinan las garantías constitucionales o instrumentos procesales a través de los cuales se procura que el diseño del Estado y la distribución de competencias para tal efecto señaladas en la norma constitucional sea hecho efectivo. En la terminología del maestro Fix-Zamudio, precursor en estas temáticas, el derecho procesal constitucional orgánico (DPCO) es lo que originalmente denominaría “jurisdicción constitucional orgánica”; concepto que en su sistematización se entiende en oposición a la “jurisdicción constitucional de la libertad”, como segmento que agrupa aquellos instrumentos que tienden a proteger los derechos o libertades (Fix-Zamudio 1998). Para el maestro en cita, el ahora referido DPCO comprende las garantías constitucionales tendentes a proteger directamente los principios y normas que consagran la distribución competencial del poder.

La distinción subyacente, antes aludida, en el concepto de DPCO refleja la tradicional dicotomía constitucional que identifica como contenidos constitucionales, por un lado, los derechos fundamentales (antes referidos como “garantías individuales”), conocida en su conjunto como parte “dogmática”; y, por otro lado, la diversa parte “orgánica” de la Constitución. Conforme a esta dicotomía, la parte orgánica de la Constitución es aquella donde se diseña y organiza el Estado mismo y se delinear los trazos sobre los que se ejercerá el poder público.

En principio, parecería que son los órganos componentes del Estado quienes podrían reñir entre sí por el irrespeto a la parte organizacional de la Constitución; y, en tal virtud, es la controversia constitucional (CC) la vía natural que comprendería este tramo del DPC, pues ese es su objeto natural o de origen. El maestro Fix-Zamudio ha considerado que en esta categoría se ubica dicho medio de control, y también las acciones de inconstitucionalidad, medios previstos, respectivamente, en las fracs. I y II del art. 105 constitucional. Más aún, la inclusión de las acciones de inconstitucionalidad en esta categoría amerita un comentario adicional; y cabe también considerar que hay otros instrumentos o procesos judiciales que pueden quedar considerados como parte del DPCO.

En efecto, la Constitución y la jurisprudencia han reconocido la posibilidad de que otros sujetos, de derecho público o particulares, puedan resentir que los órganos del Estado irrespeten los límites de su propio ámbito competencial y les han reconocido el derecho de acudir a tribunales a hacer efectivo ese derecho constitucional, de ahí que pueda señalarse —no sin dejar de insis-

tir en que podría generarse alguna polémica— que hay otros medios de control constitucional que podrían clasificar con lo que venimos denominando DPCO (Hernández Chong Cuy 2011).

Esos otros medios para la resolución de conflictos que involucran la defensa o, más bien, hacer efectiva la parte organizacional o competencial de la Constitución son:

a) El conflicto de competencia entre órganos jurisdiccionales de distintos fueros. Este conflicto es raramente referido como una cuestión de control constitucional, pero sin duda es un conflicto competencial que tiene un origen constitucional, porque se presenta entre órganos del Estado que disputan cuestiones competenciales, que tiene como fuente su distinta interpretación de los arts. 73, 104 y 124 constitucionales. Se trata de un medio previsto constitucionalmente para que, ante la duda de a qué tribunales (“fuero judicial”) corresponde juzgar un asunto, esto pueda ser aclarado por los propios tribunales, generalmente por un tercer tribunal. Corresponde, en origen, su conocimiento a la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, en virtud de sus facultades para dictar acuerdos generales, es una atribución que desde 2001 ha sido delegada por Acuerdo General (con base en el art. 94 constitucional) a los tribunales colegiados de circuito.

b) El juicio de amparo por invasión de esferas. También llamado “amparo por invasión de esferas”, previsto en el art. 103, frac. III, de la Constitución, es una vía que *siempre que medie una afectación directa a un particular* —que es la cualidad distintiva del juicio de amparo—, se puede resolver si una autoridad actuó en detrimento o uso de facultades que le corresponden a otra, a propósito de un acto o ley que sea la que en particular haya sido impugnada en juicio. El conflicto en estos casos no se presenta ciertamente como una contención entre dos órganos políticos, sino más bien en un conflicto que tiene el particular (gobernado) con la autoridad, en tanto aquel considera que una cuestión competencial le causa agravio; pero se genera y se resuelve en clave y con base competencial (derecho constitucional organizacional).

c) La acción de inconstitucionalidad. Es una vía a través de la cual se estudia la conformidad de una norma con la Constitución, en la que la jurisprudencia ha admitido que, a merced de la revisión constitucional de la norma impugnada, se pueda verificar si el órgano Legislativo emisor actuó o no dentro de su esfera de competencias invadiendo la de otros. En efecto, se ha sostenido que en tal vía se pueden estudiar: *i)* la regularidad del proceso legislativo del que emana la norma; *ii)* vicios de competencia o incompetencia para la expedición de la ley, y *iii)* el contenido de la ley por sí mismo. Esto significaría que la acción de inconstitucionalidad, según se presente de caso en caso, puede fungir como medio del DPCO o del DPC de la libertad.

En el *sentido amplio* a que ha venido aludiendo a litigios de orden competencial u orgánico como sinonimia del DPCO los medios antes referidos tienen como materia de los mismos un elemento jurídico de orden competencial sobre el que los tribunales habrán de pronunciarse que, además, podrá ser determinante en la decisión judicial del caso y en la interpretación judicial de la parte organizacional de la Constitución.

Desde esta perspectiva, dentro del DPCO se podrían diferenciar aquellos medios que tienen por objeto salvaguardar un nicho competencial por sí mismo, o entre los que subyace un conflicto competencial en *sentido estricto* (entre

los que ubicaríamos a la CC y conflictos de competencia entre fueros judiciales); de aquellos que tengan por objeto mediato (no inmediato) salvaguardar una esfera jurídica propia de derechos (juicio de amparo), criterio desde el cual la acción de inconstitucionalidad, dadas sus múltiples funciones, sería de subclasificación contingente.

Más aún, dentro de los conflictos competenciales en sentido estricto podríamos proseguir distinguiendo en tipos más específicos de estos, como son: *i*) conflictos de orden “vindicativo”, que serían aquellos en los que se hace valer que el demandado está realizando, casi a modo de usurpación, una facultad que corresponde a quien la demanda; *ii*) en forma de “incompetencia”, en los que acusa al demandado de no tener competencia para actuar como lo ha hecho, *pero sin que quién demanda necesariamente vindique para sí la facultad en cuestión*, o *iii*) de forma “invasiva”, en los que no se niega que el demandado pueda actuar en determinado rubro pero sí se le acusa de estar excediéndose en de lo que son los límites a las mismas (Hernández Chong Cuy 2011).

En México, estas distinciones no son de gran trascendencia, aunque son útiles pedagógicamente; pero en el DPC comparado no se trata de distinciones meramente teóricas, sino de alcances legales mayores. Por ejemplo, en otros países es necesario que en un conflicto competencial se haga valer una “vindicatio” para que se pueda considerar viable el juicio (García Roca 1993) (López Bofill 1999).

Lo antes dicho tiene como punto de partida que el respeto a los ámbitos de competencia de cada órgano del Estado no solo es exigible entre ellos mismos, sino también por quienes resulten por ello afectados en tanto se trata *a la vez* de un derecho de todos; de ahí que si este es nuestro punto de partida, resulte explicable que las fronteras entre ambas categorías del DPC puedan tener cierta flexibilidad.

María Amparo Hernández Chong Cuy

442. DERECHO PROCESAL ELECTORAL

Como imprescindible nota introductoria cabe señalar que el derecho electoral en México adquirió nuevo impulso, características y motivos, a partir de la reforma de 1977 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la expedición de la Ley de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de ese año. Especial relevancia tuvo, en la teoría y en la praxis político-electoral, la institución del recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), para impugnar las determinaciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, respecto de la calificación política de la elección de diputados federales.

Dada la determinante participación de la “sociedad civil” en la vida político-electoral de México, esta nueva etapa del derecho electoral se ha caracterizado por las múltiples reformas, adiciones y derogaciones a la CPEUM, en materia electoral, y a la legislación electoral ordinaria, tanto sustantiva como adjetiva, hasta modificar y adicionar incluso a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) en 1996 y 2008.

Prueba de esta dinámica legislativa son las modificaciones a la CPEUM en 1986, 1990, 1993, 1994, 1996, 2007, 2011 y 2012, con la correlativa ex-

pedición del Código Federal Electoral en 1987 (CFE) y el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (CFIPE) de 1990 y de 2008, con sus reformas en 1993, 1994 y 1996, así como la promulgación de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral de 1996 y sus reformas de julio de 2008.

Esta dinámica legislativa, sustentada en la realidad político-electoral de México, en los últimos 25 años del siglo XX y en los primeros doce años del siglo XXI, ha dado origen y consolidación a un nuevo apartado del derecho procesal mexicano, identificado como “derecho procesal electoral”, que se ha desarrollado lentamente en la academia en general y en la producción bibliográfica en especial.

En cambio, en la cotidiana práctica jurisdiccional la evolución ha sido permanente, acelerada y de contenido evidente, incluso a partir de la institución del Tribunal de lo Contencioso Electoral, con la reforma al art. 60 de la CPEUM en diciembre de 1986 y la promulgación del CFE, en febrero de 1987.

Esta evolución se ha dado tanto en la legislación constitucional y ordinaria como en la jurisprudencia del Tribunal Federal Electoral (1990-1996) y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF: 1996-2013), a pesar de la jurisprudencia de la SCJN que negó, por fortuna temporalmente, a la máxima autoridad jurisdiccional electoral la facultad de determinar la inaplicación de una norma legal, por ser contraria a la CPEUM.

Estas tesis de jurisprudencia de la SCJN provocaron que la Sala Superior del TEPJF procediera a resolver los juicios y recursos de su competencia, recurriendo a la interpretación constitucional conforme y, cuando ello era insuficiente, a dictar sentencia en términos de lo previsto en los tratados tuteladores de derechos humanos, celebrados por el presidente de la República, con aprobación de la Cámara de Senadores, que tienen naturaleza de ley suprema de la Federación, en términos del art. 133 de la CPEUM.

La reforma de 2007 al art. 99 de la CPEUM restituyó literalmente al TEPJF la facultad de declarar, al resolver un específico medio de impugnación electoral, la inaplicación de un precepto legal, por considerarlo inconstitucional, lo cual ha coadyuvado a la acelerada y evidente evolución del derecho procesal electoral, enriquecido en el año 2011 con la reforma al art. 1o. de la CPEUM, en materia de derechos humanos, imponiendo a las autoridades, jurisdiccionales y administrativas, el deber de interpretar las leyes conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con la intención siempre de proporcionar a las personas la protección más amplia.

Antes de definir este nuevo apartado del derecho procesal es necesario tener presente las diversas acepciones de la voz “derecho”, tanto en su contenido normativo, como sistema de normas jurídicas legisladas, consuetudinarias y jurisprudenciales, incluidos los principios generales del derecho, como en su sentido subjetivo, como facultad prevista en una norma jurídica, para observar determinada conducta o para exigir de otro una conducta determinada y, finalmente, como ciencia, cuyo objeto de estudio son los sujetos de derecho, con y sin personalidad jurídica, las aludidas normas jurídicas, así como las facultades y deberes de naturaleza jurídica, comúnmente denominados obligaciones.

Bajo esta triple acepción, es decir, como rama de la ciencia jurídica, como conjunto sistematizado de normas jurídicas legisladas, consuetudinarias y jurisprudenciales, incluidos los principios generales del derecho y como conjunto de derechos y deberes de naturaleza jurídica, resulta oportuno definir al derecho procesal electoral como la rama o apartado autónomo del derecho público, que tiene por objeto inmediato, exclusivo y directo al proceso electoral.

Para este efecto se debe entender al proceso electoral como el conjunto sistematizado de hechos, actos y procedimientos jurídicos, de las partes directamente interesadas (actora o impugnante y responsable o demandada), de los terceros, vinculados (coadyuvante y tercero interesado) o ajenos a la relación sustancial (entre actor y responsable), así como del correspondiente órgano jurisdiccional del Estado, cuya finalidad consiste en resolver, mediante la aplicación del derecho, un conflicto de intereses jurídicos de trascendencia político-electoral, calificado por la pretensión de la actora y la resistencia de la responsable.

Esta rama del derecho procesal, tanto orgánico como dinámico o jurisdiccional, se caracteriza por ser autónoma, porque tiene legislación propia, tribunales especializados, doctrina o teoría jurídica específica y autonomía didáctica, por haber generado asignaturas y especialidades particulares en escuelas y facultades de derecho de las instituciones de estudios profesionales y de posgrado; sin embargo, lo más importante es que el derecho procesal electoral tiene principios e instituciones propios, si no totalmente distintos sí con características particulares, que los diferencian de los demás apartados del derecho.

No obstante, todavía falta dar contenido propio, sistematización y autonomía al derecho procesal electoral en otras latitudes; en especial en los países que ya han instituido tribunales electorales como los de México, cual sucede en Chile, Ecuador, Perú y República Dominicana.

Flavio Galván Rivera

443. DERECHO PROCESAL PENAL

La facultad sancionadora estatal se fundamenta en la exigibilidad del derecho, mediante la creación de mecanismos para la defensa de los derechos de los integrantes de una comunidad. Es en este apartado donde se ubica al proceso penal, como un reflejo de la limitación al ejercicio del *ius puniendi*, basado en un sistema de responsabilidades para las personas que infrinjan las disposiciones sustantivas en materia penal.

En un Estado democrático de derecho, la conceptualización del delito es un asunto público; por ello, la acreditación de la conducta transgresora del ordenamiento penal se tendrá que verificar a través de un proceso penal en función a la prohibición estatal de la autotutela para resolver conflictos.

El ejercicio indebido del poder público genera la necesidad de contar con un sistema de control como instrumento para ejercer la facultad sancionadora estatal, para lo cual se debe establecer un conjunto de normas que regulen los procedimientos bajo los cuales se instaurará el proceso penal, mismo que deberá desarrollarse bajo la observancia de directrices o criterios de optimización aplicables al derecho penal. En razón a ello se erige un conjunto de normas adjetivas encaminadas a la sustanciación del proceso penal, con miras a

la imposición de penas, sanciones y medidas de seguridad ante conductas que violentan el orden jurídico imperante, con la finalidad de esclarecer los hechos del contradictorio y llegar a la verdad material y formal de los mismos, como sustento de un Estado democrático de derecho.

El 18 de junio de 2008 se publicó la reforma constitucional penal, en virtud de la cual se incorpora en nuestro país el sistema acusatorio y oral. Entre otros tópicos, se busca el respeto a los derechos de la víctima, ofendido y del imputado, con sustento en la presunción de inocencia, como base del sistema, el cual será regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con la característica de la oralidad.

Se busca fomentar la transparencia y una relación entre el juez y las partes. Que la actuación del ministerio público, como parte acusadora, esté apegada a derecho. El establecimiento de mecanismos alternativos de solución de controversias; la suspensión provisional del proceso y su forma anticipada a través de juicios abreviados. Fundamentalmente, un sistema integral de garantías con sustento en principios generales que deben regir el proceso penal.

Se debe partir, luego, de la base de que nos encontramos ante la metamorfosis del sistema penal estructurado en la salvaguarda, por parte del Estado, de los derechos del imputado y del ofendido, por ende, es preciso fortalecer a las instituciones del ministerio público, defensa (pública y privada) y jueces (de primera y segunda instancia, así como del juicio de amparo), a fin de contribuir al cambio cultural en aras de la justicia y de la libertad. Esto es, la dialéctica de la verdad y la sujeción a la ley.

Aunado a lo anterior, el artículo 20 constitucional reformado establece principios generales tales como: que el objeto del proceso penal será el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Las audiencias se desarrollarán en presencia del juez, quien valorará la prueba de manera libre y lógica. Solo se considera prueba la que haya sido desahogada en la audiencia de juicio, excepto la prueba anticipada. El juez no debe conocer del caso previamente. Los argumentos se presentarán, al igual que los elementos probatorios, de manera pública, contradictoria y oral. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, en apego al principio de que toda prueba que vulnere derechos humanos es ilícita, sin valor legal alguno.

En lo referente a las partes, estas tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, en respeto, en todo momento, al principio de contradicción. El juez solo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

Respecto de los imputados, con claridad se plasma, entre otros principios, que debe presumirse su inocencia, su derecho a declarar o guardar silencio; sustancialmente, el derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará uno de oficio.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, cuyas disposiciones son de orden público y de observancia general, con los objetos y principios precisados en el orden procedimental, se constituye de tres etapas: la de investiga-

ción (inicial y complementaria); la intermedia o de preparación del juicio, y la de juicio. Se destaca la audiencia inicial, en la que se informa al imputado de sus derechos constitucionales; se realiza el control de legalidad de la detención; en su caso, se formula la imputación; se da la oportunidad de declarar al imputado; se resuelve sobre la solicitud de vinculación a proceso y medidas cautelares, y se define el plazo para el cese de la investigación. La etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos, que serán materia del juicio. Consta de dos fases: una escrita y otra oral. En la primera se presenta el escrito de acusación que formula el ministerio público, se descubre la prueba, se constituye la víctima u ofendido como coadyuvantes del proceso, en su caso, el acusado o su defensor podrán formular por escrito consideraciones o aclaraciones en relación con el escrito de acusación. La audiencia será oral, en la que podrá haber acuerdos probatorios y exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate. Finalmente, en la audiencia se dicta auto de apertura a juicio oral. La etapa de este último se desarrolla en audiencia, en la que concurren las partes y el ministerio público, se realizan los alegatos de apertura y se reciben las pruebas. Podrá existir reclasificación jurídica de los hechos y una vez desahogada la prueba, se exponen los alegatos de clausura y se cierra el debate. Inmediatamente después, el tribunal de enjuiciamiento procede a su deliberación y emite el fallo, con los requisitos de su sentencia condenatoria o absolutoria —en el primer supuesto se celebra audiencia de individualización de la pena—.

Como una aportación destacada, el tribunal de enjuiciamiento valorará la prueba de manera libre y lógica, y asignará libremente el valor correspondiente a cada una de las pruebas, justificando adecuadamente el otorgado a cada una, lo que habrá de explicar en su apreciación conjunta, integral y armónica de los medios de convicción. Con ello se da sustento al proceso penal justo de un Estado democrático de derecho.

Miguel Ángel Aguilar López

444. DERECHOS COLECTIVOS

I. CONCEPTO. Los derechos colectivos son un concepto ambiguo en muchos países, y México no es la excepción. Prueba de ello es que el legislador menciona tanto los conceptos de intereses como derechos, al hablar de los colectivos.

Ferrer Mac-Gregor alude a la utilización indistinta de los sustantivos “derechos” o “intereses”; sin embargo, esa denotación se explica: *a)* en cuanto la alusión a derechos se justifica cuando hay un reconocimiento legal como tal a favor de un titular y existe la correspondiente obligación o deberes específicos a cargo del destinatario; *b)* en cambio, la referencia a interés tiene cabida cuando a pesar de que no exista una específica y concreta obligación correlativa exigible, se confiere al afectado un poder de exigencia —reaccional— respecto a un contexto mínimo de legalidad, regularidad o responsabilidad ante la existencia un daño cualificado (ser desiguales a los que pudieran afectar al común de la población, es una expresión adecuada que se utiliza en leyes sobre responsabilidad patrimonial del Estado, pero que aclara la idea de la afectación cualificada) o afectación a intereses. Por lo tanto, en adelante se habla de derechos o intereses (D-I) como un concepto amplio que permite

reconocer y hacer valer afectaciones, incluyendo supuestos que se ubiquen en zonas grises.

Como una afirmación general, puede decirse que D-I “difusos” y “colectivos” son básicamente derechos que pertenecen a un grupo, como un todo, para reaccionar ante eventos dañosos o que causen un menoscabo y obtener restituciones. Este género es distinto de los D-I “individuales homogéneos” que solo protegen derechos particulares y divisibles, especialmente mediante acciones colectivas, pero relacionadas con daños individuales.

Decir que un D-I tiene la característica de ser “transindividual” o “supra-individual” significa que no es de la titularidad de un individuo, sino que es atribuible a una entidad colectiva o plural, en lo referente a los sujetos, como un todo, y no solo se trata de una mera colección o agregación de derechos individuales.

Algunos ejemplos de D-I “supraindividuales” son la pureza del aire, la limpieza de un río, la veracidad de los anuncios o la seguridad de los productos, ya que la titularidad pertenece a un sector o segmento de la comunidad como un todo y no a un individuo específico ni al gobierno. En consecuencia, este derecho está situado en medio del derecho público y del derecho privado, ya que los destinatarios pueden ser el Estado o un particular y, por lo general, satisface intereses generales.

El concepto de “indivisibilidad del derecho” se refiere a que el objeto o bien tutelado por el D-I no puede ser dividido, en la medida en que no puede fraccionarse en casos o porciones individuales separadas. Esto significa que no es posible dividir el D-I en “cuotas” atribuibles de modo autónomo a cada uno de los miembros del grupo ni considerar a los individuos como titulares. Por tanto, existe tal relación estrecha entre los intereses de todos los miembros del grupo que cuando una decisión judicial es favorablemente otorgada a un miembro, ello implica la satisfacción a todos los demás, y cuando los D-I de uno solo de los miembros son violados, ello implica la violación de todos los D-I del grupo.

II. CLASIFICACIÓN. El Código Federal de Procedimientos Civiles (mexicano) en su art. 580, frac. I, los define y clasifica como “I. Derechos e intereses colectivos —*lato sensu*— que comprende a los difusos y a los colectivos —*stricto sensu*, entendidos como aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada, relacionadas por circunstancias de hecho (difusos) o determinable y vinculadas por situaciones de derecho comunes (colectivos *stricto sensu*)”.

III. LEGISLACIÓN. En los últimos años se han producido reformas aisladas y nuevas leyes que introducen, a partir de los D-I colectivos, a los individuales homogéneos, proveyendo las acciones colectivas como modalidad de instancias procesales, especialmente adecuadas para la defensa de los consumidores y del medio ambiente, que intentan compensar asimetrías y vulnerabilidades, aunque con ciertas modalidades respecto a límites en la legitimación.

Los códigos de procedimientos civiles estatales no las regulan, salvo en tres casos —Morelos (1993), Coahuila (1999) y Puebla (2007)— a pesar de existir algunas propuestas concretas de la doctrina mexicana para crear capítulos expresos en dichos ordenamientos.

IV. JURISPRUDENCIA. Se puede apreciar, además, que previamente al trabajo legislativo, han sido los tribunales del Poder Judicial de la Federación

quienes han venido insertando, a través de la jurisprudencia, las nociones de los conceptos de derecho colectivo y difuso.

Cabe destacar la tesis I.4o.C.136 C de rubro: “Intereses colectivos o difusos en procesos jurisdiccionales colectivos o individuales. Características inherentes”, en la que se advierte que para adecuar la tutela de los D-I colectivos o difusos, el juzgador debe despojarse de la idea tradicional de los límites impuestos para la defensa de los intereses individuales o el derecho subjetivo de cada persona, para acudir a una interpretación jurídica avanzada, de vanguardia, en la cual potencialice las bases constitucionales con los criterios necesarios para preservar los valores protegidos y alcanzar los fines perseguidos, hacia una sociedad más justa, además de requerir una simplificación del proceso y su aceleración, para no hacer prolongada o costosa la tutela de estos derechos.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis CCXXXV/2013 (10a), de rubro: “Comunidades y pueblos indígenas. Cualquiera de sus integrantes puede promover juicio de amparo en defensa de los derechos fundamentales colectivos”, estipula el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, cuando se trate de medios de defensa de derechos fundamentales, como es el juicio de amparo, y que debe permitir a cualquier integrante de una comunidad o pueblo indígena, instar a la autoridad jurisdiccional correspondiente para la defensa de los derechos humanos colectivos, con independencia de que se trate o no de los representantes de la comunidad, pues esto no puede ser una barrera para su disfrute pleno.

Igualmente, la Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia C-622/07, determina que los derechos colectivos se caracterizan por ser derechos de solidaridad, participativos y no excluyentes, de alto espectro, en cuanto no constituyen un sistema cerrado a la evolución social y política, que pertenecen a todos y a cada uno de los individuos, y que como tales exigen una labor anticipada de protección y una acción pronta de la justicia, inicialmente dirigida a impedir su afectación y, en su defecto, a lograr su inmediato restablecimiento, lo cual, precisamente, se logra a través de las llamadas acciones colectivas, populares y de grupo.

V. LEGITIMACIÓN. La legitimación procesal sufre distintas interpretaciones, sobre todo cuando debe analizarse quién es el afectado en casos de D-I difusos, surgiendo siempre el dilema de si quien promueve es la persona afectada o el titular del derecho lesionado. Este cuestionamiento se problematiza cuando de manera conjunta se deducen D-I colectivos y la reparación de individuales homogéneos, lo que justifica evaluar, por supuesto, dos referentes o estándares de legitimación *ad causam*.

En todos los casos es pertinente distinguir la naturaleza de los D-I afectados para así determinar quién debe promover la protección respectiva, atendiendo que los D-I pueden ser tutelados por el objeto o en razón de los sujetos que componen al grupo, de conformidad con la clasificación previamente citada en el apartado de legislación. En ese sentido, resulta que los derechos pueden tener el calificativo de colectivos en razón de los: a) sujetos (titular y destinatario), siendo transindividuales por corresponder a un conglomerado y ser imposible reducirlos o descomponerlos a la suma de derechos individuales, pero también por; b) objeto (bien, cosa, servicio o prestaciones) tenga el carácter de indivisible, y por ende es colectivo.

Jean Claude Tron Petit

445. DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los derechos colectivos son entendidos como aquellos que pertenecen a un grupo o colectividad, como un todo, y no a sus miembros individualmente considerados. Los pueblos indígenas son titulares de derechos colectivos como un sujeto jurídicamente distinto a sus miembros, lo cual ha sido reconocido en el ámbito internacional y, en particular, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En efecto, desde los primeros casos resueltos sobre pueblos indígenas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) admitió que estos colectivos son sujetos de derecho, distintos a sus miembros.

En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), durante sus primeros años se refirió a “los miembros de las comunidades” afectadas, ya que entendía que la violación repercutía en las personas individualmente consideradas (véase, *inter alia*, Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua; caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam; caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, y caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay). En 2012 se produjo un avance jurisprudencial significativo con la sentencia del caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (sentencia de 27 de junio de 2012, núm. 245, párr. 231), en la cual la Corte reconoció que la víctima era propiamente el pueblo como colectivo y no solo los miembros individualmente considerados.

Con posterioridad, en su opinión consultiva (OC) 22/16 sobre titularidad de derechos de las personas jurídicas, la Corte reiteró este criterio al considerar que “las comunidades indígenas y tribales son titulares de algunos derechos protegidos en la Convención” (párr. 84), teniendo en cuenta que, por ejemplo, el derecho a la propiedad o al territorio solo puede ser ejercido por medio de la colectividad. Como se puede observar, en este pronunciamiento se deja de lado la expresión “pueblo” y se usa el de “comunidad”. Es importante hacer notar que las comunidades indígenas pueden estar compuestas por personas y familias que pertenecen a más de un grupo étnico, aunque se identifiquen como una sola comunidad (párr. 38), y se relacionan con el asentamiento físico y concreto en un espacio determinado. En tanto responden a cuestiones muy diferentes, estos términos no deberían ser usados indistintamente.

Los derechos de los pueblos indígenas se encuentran reconocidos principalmente en tres instrumentos internacionales. El primero es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Sus disposiciones se refieren a derechos en torno a los siguientes ámbitos: tierras (parte II); contratación y condiciones de empleo (parte III); formación profesional, artesanía e industrias rurales (parte IV); seguridad social y salud (parte V), y educación y medios de comunicación (parte VI).

Un segundo instrumento clave es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007. Desarrolla derechos consagrados en diversos instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos, y los traslada al contexto de la realidad de los pueblos indígenas. La Declaración reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos (arts. 3 a 5 y 33), a la consulta y consentimiento (arts. 17.2, 19, 36 y 38), a conservar sus instituciones y costumbres (arts. 5, 20 y 33 A), a las tierras y el territorio (arts.

DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

25 a 32), a los recursos naturales (arts. 26 a 29), a la educación y salud intercultural (arts. 14, 15 y 24), entre otros.

Un tercer instrumento fundamental es la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 15 de junio de 2016. Reafirma el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (arts. III y XXI) y contiene un amplio abanico de derechos humanos en ámbitos relativos a su identidad e integridad cultural (arts. X y XIII), derechos organizativos y políticos, derechos sociales y económicos, y de propiedad. Destacan en particular aquellos que representan un avance con relación a la Declaración de la ONU sobre Pueblos indígenas de 2007, como la disposición específica sobre igualdad de género (art. VII), la relativa al reconocimiento pleno de la personalidad jurídica (art. IX), la protección de distintas concepciones de familia indígena (art. XVII), entre otros. El siguiente cuadro muestra los principales derechos colectivos que reconoce la OIT, la ONU y la OEA en los instrumentos referidos, especificando el artículo que los contempla.

<i>Derecho</i>	<i>Convenio 169 OIT</i>	<i>Declaración ONU</i>	<i>Declaración OEA</i>
Igualdad y no discriminación	3	2	VII, VIII y XII
Derecho a la identidad cultural	5	9, 11, 12 y 13	X y XIII
Derecho a la libre autodeterminación o autonomía	7	3, 4, 5 y 33	III y XXI
Derecho a la personalidad jurídica			IX
Protección contra el genocidio			XI
Derecho a la participación	2, 6.1.b y c, 7, 15, 22 y 23	18, 23 y 36	XXIII
Derecho a la consulta y consentimiento	6.1.a, 6.2 y 15.2	17.2, 19, 36 y 38	XX, XXIII, XXIX y XX- VIII
Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo	7	23	XXIX
Derecho a conservar sus costumbres e instituciones	4, 5, 6 y 8	5, 8, 11, 12, 20, 24 y 33	XVI
Derecho a la familia indígena			XVII
Derecho a la justicia intercultural	9 y 10	34 y 35	XXII
Derecho de acceso a la justicia	12		XXX. 4.c

<i>Derecho</i>	<i>Convenio 169 OIT</i>	<i>Declaración ONU</i>	<i>Declaración OEA</i>
Derecho a la tierra y al territorio	13, 14, 16, 17 y 18	10 y 25 a 32	XXV
Derecho a los recursos naturales	15	26, 27, 28 y 29	XXV y XIX
Derecho a la protección del medio ambiente sano			XIX
Derecho a la salud intercultural	24 y 25	24	XVIII
Derecho a la educación intercultural y a la lengua/ idioma	26 y 27	13, 14, 15, 16 y 21	XIV y XV
Derecho a la protección del patrimonio cultural y de la propiedad intelectual			XXVIII

En cuanto al ámbito interno, desde fines del siglo xx, diversos Estados incorporaron en sus ordenamientos el reconocimiento a la diversidad cultural y a derechos colectivos de pueblos indígenas. Entre las décadas de 1980 y 1990 se dieron nuevas constituciones en América Latina que superaron el modelo integracionista y comenzaron a reconocer a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derecho. Los textos constitucionales de la región han incorporado disposiciones relacionadas con el reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas; la diversidad cultural; la libre determinación; la participación política; las tierras, territorios y recursos naturales; las lenguas indígenas; la educación intercultural bilingüe, y el derecho consuetudinario indígena.

Algunas constituciones, como las de Argentina (art. 75), Bolivia (art. 171), México (art. 2), Nicaragua (art. 5), Paraguay (art. 62) y Venezuela (art. 119) han reconocido explícitamente a los pueblos indígenas como sujetos de derecho. Vinculado con la diversidad cultural, Bolivia (art. 1) y Ecuador (art. 1) se definen como Estados plurinacionales a nivel constitucional, y Nicaragua como un país culturalmente plural y multiétnico (arts. 5 y 8), por ejemplo. De manera general, la libre determinación ha sido incluida en los textos constitucionales de Colombia (art. 9), Ecuador (art. 4), Nicaragua (art. 5) y Paraguay (art. 143), y explícitamente en la Constitución de México (art. 89); mientras que la participación política se encuentra prevista en las constituciones de Bolivia (art. 30), Colombia (art. 171), Ecuador (art. 84) y Venezuela (art. 125).

Respecto a los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, a modo de ejemplo, la Constitución colombiana reconoce el derecho a la propiedad colectiva (art. 329), y las constituciones de Bolivia (arts. 11.II.1, 290, 293 a 295, 352 y 403) y de Ecuador (art. 398) reconocen expresamente el derecho a la consulta previa, libre e informada.

Asimismo, la mayoría de las constituciones de los Estados de la región incluyen disposiciones específicas sobre las lenguas indígenas (Bolivia, Brasil,

Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela). En el caso de la educación intercultural bilingüe, se evidencia un uso variado de la terminología y del contenido de este derecho, aunque Bolivia, Ecuador y México brindan un reconocimiento constitucional más garantista.

Finalmente, respecto al derecho consuetudinario indígena, existe un primer grupo de Estados que reconoce la existencia de tradiciones y costumbres indígenas (Bolivia, Brasil, Colombia, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay y Venezuela) y un segundo grupo que, además, reconoce sus formas de autogobierno y sus mecanismos de resolución de controversias (Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela).

Cristina Blanco Vizarreta

446. DERECHOS DE CUARTA GENERACIÓN

Varios especialistas sugieren que nos encontramos en el comienzo de una cuarta generación de derechos; sin embargo, no se trata de una tesis compartida por todos los autores, pues muchos de ellos optan por no considerar cerrada la tercera generación de derechos e incluir en ella lo que otros entienden como “derechos de cuarta generación”.

La necesidad de hablar de una nueva generación de derechos fue provocada por la presencia de fenómenos que dieron lugar a un gran cambio cualitativo, como es el caso del vertiginoso desarrollo de la biotecnología y el Internet, o de temas complejos como la clonación y la experimentación con células madre con objetivos terapéuticos y reproductivos. Podría decirse que las tres generaciones de derechos anteriores están tomando nuevas formas en el contexto globalizado del siglo XXI, al mismo tiempo que se suman nuevas demandas acordes a nuestro tiempo.

En años recientes emergieron esas demandas en sectores sociales alrededor del mundo por el derecho al desarrollo, a la paz, al progreso, a la identidad, a un ambiente sano, a la libertad informática, a la autodeterminación. Son derechos contemplados en la tercera generación, también conocida como derechos de solidaridad, pero que se enfatizan a propósito de nuevas necesidades de la sociedad. Son producto de innovadoras reivindicaciones sociales, transformaciones tecnológicas y avances científicos sin precedentes con enorme impacto en la vida humana.

Así, en esta generación se comprenden derechos inéditos, al mismo tiempo que se abordan derechos ya tratados o regulados, pero redefinidos por las modernas características de la tecnología, la sociedad y la globalización. Aunque todavía no estamos en un punto en el que estos derechos se puedan definir con precisión, sí existe gran claridad sobre las demandas que los originan. Al respecto, se ha hecho una interesante clasificación de esta generación de derechos, dividiéndolos en tres subgrupos, que enumero con algunos elementos: 1) *derechos relacionados con la protección del ecosistema*, que garantizan la vida humana en el futuro y al patrimonio de la humanidad, como los derechos culturales y la autonomía de los pueblos indígenas. Algunos casos se refieren a derechos enfocados en las generaciones futuras. Como podemos ver, se toman en cuenta derechos ya contemplados en la generación anterior, como el derecho al medioambiente sano; 2) *derechos relacionados con un nuevo estatuto jurídico para la vida humana* como consecuencia de los desarrollos de las tecnologías

biomédicas. Desde luego que el derecho a la vida es central, pero, como mencionamos, se trata de un derecho que, dados los avances de la ciencia, requiere ser reconstruido, y 3) *derechos derivados de las modernas tecnologías de la información y comunicación*, que se vinculan con las innovadoras tendencias del ciberespacio, la correspondiente regulación jurídica y la redefinición de la libertad de pensamiento y expresión en este contexto.

Eréndira Nohemí Ramos Vázquez

447. DERECHOS DE LA NIÑEZ

Por derechos del “niño” debemos entender los derechos humanos que corresponden a las personas menores de edad, tanto aquellos derivados de su condición de seres humanos como por su situación de minoría de edad. El art. 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño identifica como “niño” a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la legislación aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad, es decir, cada Estado tiene la facultad de determinar el límite de la minoría de edad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado el criterio establecido por la Convención para definir lo que se entiende por “niño”, para referirse a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad (OC-17/2002).

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye el instrumento jurídico que, en buena medida, da forma a los derechos de las personas menores de edad. Los antecedentes de este instrumento son la Declaración de Ginebra (1924) y la Declaración sobre los Derechos del Niño (1989). A diferencia de la Convención, las dos declaraciones son catálogos limitados de derechos que se orientan principalmente de la protección de los niños y no son jurídicamente vinculantes. La Convención, por su parte, consta de 54 artículos, que recogen derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y crea el Comité de los Derechos del Niño como órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados.

El tratado se complementa con tres protocolos facultativos: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, y Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

En la Observación General núm. 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención*, el Comité identifica cuatro artículos que constituyen principios generales: interés superior del niño (art. 3o.); no discriminación (art. 2o.); derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6o.); y derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones (art. 12).

La discusión teórica en relación con los derechos del niño se centró durante muchos años en el debate sobre la autonomía. En este sentido, algunos autores defensores de la teoría voluntarista se oponían a reconocer la titularidad de derechos subjetivos durante la infancia, debido a la ausencia de capacidad de autonomía de la voluntad. Desde esta postura los derechos sub-

jetivos constituyen ámbitos de protección de las decisiones del individuo que implican la posibilidad de ejercer el derecho o renunciar a él, por lo que los niños no pueden ser titulares de derechos al carecer de esta capacidad. En contraste, las teorías del interés, que consideran que el origen de los derechos subjetivos son los intereses de las personas, defienden la utilización del lenguaje de los derechos para las personas menores de edad. Uno de los textos más representativos de este debate es “Children’s Rights: a Test-Case for Theories of Right” (1976), de la autoría de Neil MacCormick.

Sin embargo, ambas posturas comparten la premisa de la incapacidad de las personas menores de edad, lo que ha sido cuestionado por la literatura dedicada a los derechos de la infancia de los últimos años, así como por las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño en su interpretación de los artículos de la Convención. Este “paradigma de la minoridad” que sustenta la existencia de dos categorías perfectamente diferenciadas, menores-incapaces y ciudadanos-capaces, ha sido cuestionado por el concepto de autonomía progresiva, que sostiene la posibilidad de ir reconociendo facultades de manera gradual, conforme al desarrollo de las capacidades de la persona y pone un especial énfasis en el derecho a la participación.

La protección constitucional de los derechos del niño ha tomado diversas formas: en algunos casos se menciona expresamente a los niños y se les atribuyen algunos derechos, en otros casos se reconoce a los niños como titulares de derechos y se hace una remisión al derecho internacional y, un tercer modelo establece derechos a favor de la familia y los hijos. Es este último el más frecuente en las Constituciones latinoamericanas, aunque no el más adecuado, pues circunscribe al niño en el núcleo familiar, sin reconocerle todos aquellos derechos fuera de este, además de que excluye a aquellos niños que, por alguna razón, no tienen una familia.

En las últimas décadas y como resultado de la aplicación de la Convención, se ha comenzado a utilizar, en el idioma castellano, la expresión “niñas, niños y adolescentes” para referirse a los destinatarios de las garantías derivadas de los instrumentos internacionales y la legislación nacional. Esta distinción obedece a la importancia de incorporar la perspectiva de género, visibilizando a las niñas y, en segundo término, a diferenciar la infancia de la adolescencia con el fin de ir reconociendo la capacidad de autonomía progresiva, que incluye un régimen especial para las personas —adolescentes— en conflicto con la ley penal.

Mónica González Contró

448. DERECHOS DE LA NIÑEZ (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

En el ámbito europeo, los derechos de la niñez son garantizados tanto en el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos —nacido de la actividad normativa del Consejo de Europa— como de la Unión Europea.

En el seno del Consejo de Europa, es de destacar, en primer lugar, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), instrumento clave de la protección de los derechos humanos en el ámbito de esta organización, no hace referencia específica a los niños más que en dos de sus preceptos: el artículo 5 señala que los niños pueden ser privados de su libertad con fines educativos, y el artículo 6 contempla la posibilidad de excluir la publicidad de un proceso judicial para proteger sus derechos. Los protocolos adicionales al

CEDH no añaden ninguna otra referencia específica a la infancia; sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha subrayado que los niños son titulares del conjunto de derechos reconocidos por el CEDH y sus protocolos adicionales, señalando además que los Estados parte de estos instrumentos pueden reconocer obligaciones específicas en relación con los niños, precisamente en razón de su especial situación de vulnerabilidad (TEDH, caso *Okkali vs. Turquía*, sentencia de 12 de febrero de 2007, núm. 52067/99, y *Zy otros vs. Reino Unido*, sentencia de 10 mayo de 2001, núm. 29392/95).

La Carta Social Europea, en su versión revisada (1996), es el otro instrumento clave para la protección de los derechos humanos adoptado en el seno del Consejo de Europa. Este texto sí hace referencia expresa a los niños en varios preceptos. Su artículo 7 reconoce el derecho de niños y adolescentes a la protección contra los peligros físicos y morales a los que están expuestos, concretando este derecho en una serie de medidas de protección del trabajo infantil y juvenil que deberán adoptar los Estados parte, entre ellas, la prohibición del empleo de menores de 15 años con carácter general o la prohibición del trabajo nocturno, o en trabajos peligrosos o insalubres de los menores de 18. Igualmente, el artículo 9 reconoce el derecho de los jóvenes y los niños a la orientación profesional, imponiendo a los Estados parte la obligación de promover la creación de un servicio gratuito de orientación profesional; y el artículo 17 impone a los Estados la obligación de asegurar que los niños y adolescentes perciben los cuidados, asistencia, educación y formación que necesitan a través de la creación de instituciones adecuadas para lograr ese fin; la obligación de proteger a los niños de la negligencia, la violencia y la explotación y, finalmente, la obligación de asegurar la protección social de aquellos niños o adolescentes temporal o definitivamente privados de su apoyo familiar.

En el ámbito del Consejo de Europa, se han adoptado otros tratados que atienden necesidades específicas de los niños. En la mayoría de los casos, estos tratados inciden en cuestiones relacionadas con el derecho de familia (véase el Convenio Europeo en Materia de Adopción de Niños, de 1967, en su versión revisada de 2011), el Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico de los Niños Nacidos fuera del Matrimonio (1975), el Convenio Europeo Relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores (1980), o el Convenio Europeo sobre las Relaciones Personales que Concierne a los Niños (2003). No obstante, el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño (1996) prevé una serie de medidas procedimentales dirigidas a lograr que los niños puedan ejercitar sus derechos, y varios tratados adoptados en el seno del Consejo de Europa centran su atención en la protección de los niños frente a distintos tipos de violencia. En sentido, destacan el Convenio Europeo sobre la Protección de los Niños contra la Explotación y los Abusos Sexuales (2007), y el Convenio sobre la Ciberdelincuencia (2001), el Convenio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (2005), y el Convenio sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (2011), que tienen en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de los niños en relación con estos delitos.

Finalmente, procede hacer referencia a las normas sobre la materia adoptadas en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido, hay que destacar,

en primer lugar, la contribución realizada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, texto que tiene el mismo valor jurídico que los tratados constitutivos de la Unión Europea. Este texto hace referencia específica a los niños en sus artículos 24 y 32. El artículo 24 recoge el derecho de los niños a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, reconociendo su derecho a expresarse libremente y a que su opinión sea tomada en cuenta en los asuntos que les afecten, asuntos, en los que la intervención de autoridades públicas e instituciones privadas habrá de guiarse siempre por el interés superior del menor. En último lugar, el artículo 24.3 de la Carta reconoce el derecho de los niños a mantener relaciones personales y periódicas con sus padres, salvo que estas sean contrarias a sus intereses (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto *Parlamento Europeo vs. Consejo de la Unión Europea*, de 27 de junio de 2006, C540/03).

Por su parte, el artículo 32 de la Carta prohíbe tajantemente el trabajo infantil, señalando que la edad mínima de acceso al empleo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria. El mismo precepto señala que los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo que estén adaptadas a su edad y deberán estar protegidos frente a cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, salud, desarrollo físico, psíquico, moral o social o que pueda poner en peligro su educación.

Además de estos preceptos, y teniendo en cuenta las competencias que atribuyen a la Unión Europea los artículos 81 y siguientes y 151 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se han adoptado, en el ámbito de la Unión, diversas normas que fomentan la cooperación judicial en materia civil entre los Estados miembros y que afectan, en esta lógica, a los derechos de los niños menores de edad (p. ej., Reglamento [CE] 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos), que protegen a los jóvenes en el trabajo (p. ej., Directiva 94/33/CE, del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo) y que garantizan la protección de los niños frente a determinados comportamientos delictivos o los derechos de los niños infractores (p. ej., Directiva [UE] 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales; Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil).

María Díaz Crego

449. DERECHOS DE LA NIÑEZ (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

En América Latina se explica la Convención sobre los Derechos del Niño como el paso de la “Doctrina de la Situación Irregular” a la “Doctrina de la Protección Integral” (Emilio García Méndez, Mary Beloff, Daniel O’Donell). Según esta teoría, antes de la Convención, la ley distinguía entre “menores” y “niños”, siendo los primeros aquellos en condición de abandono o en conflicto con la ley penal y los segundos quienes estaban dentro del ámbito destinado

a la infancia, la familia y la escuela. La “Doctrina de la situación irregular” legitimaba la intervención (generalmente traducida en institucionalización) por parte del Estado sobre los “menores” en situación de abandono o peligro, así como hacia aquellos que habían cometido un delito. La Convención, por el contrario, reconoce como titulares de un amplio catálogo de derechos a todas las niñas y niños, sin importar su condición.

En el ámbito interamericano no existe un instrumento específicamente dirigido a las personas menores de edad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) se limita a establecer en el art. 19 que: *Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.* La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que a este artículo debe dársele una interpretación dinámica que reconozca al niño como verdadero sujeto de derechos y no únicamente como objeto de protección (OC-17/2002).

La Corte ha reiterado en diversas resoluciones también que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del *corpus iuris* de protección internacional y se ha pronunciado sobre las obligaciones de los Estados derivadas de estos tratados.

En 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una solicitud de Opinión Consultiva *sobre la interpretación de los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.* En respuesta a esta solicitud, la Corte emitió el 28 de agosto de 2002 la Opinión Consultiva 17/2002 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.*

La opinión señala que niñas y niños *poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos —menores y adultos— y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.* Se subraya también la obligación del Estado de adoptar medidas positivas para la garantía de estos derechos.

Se destaca el papel de la familia como núcleo primordial para el desarrollo del niño; de acuerdo con lo anterior, debe garantizarse el derecho a la identidad, a ser cuidado y educado por sus padres y a mantener relaciones familiares.

En relación con los adolescentes en conflicto con la ley penal, la OC-17 establece la obligación de crear un sistema especial, diferenciado de aquel dirigido a los adultos, en donde se garanticen los principios materiales y procesales que corresponden al debido proceso: *a) juez natural; b) doble instancia y recurso efectivo; c) principio de inocencia; d) principio de contradictorio; e) principio de publicidad.*

En la jurisprudencia de la corte se considera también que las violaciones a los derechos humanos, cuando las víctimas son menores de edad, revisten una gravedad especial, ya que sus derechos son contemplados tanto en la Convención Americana, como en la Convención de Naciones Unidas y otros documentos ampliamente reconocidos por la comunidad internacional. El interés superior del niño se entiende así como la garantía de todos sus derechos y la obligación de asegurar el acceso a lo necesario para su desarrollo, que debe ser considerado tanto en la legislación como en su aplicación.

En lo referente al derecho a la vida, la condición de ser niño obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal y obliga a los Estados a prevenir situaciones que pudieran conducir a su afectación. Asimismo, supone que la vida revista condiciones dignas, lo que implica la garantía del derecho al acceso al agua, alimentación, salud y educación. El incumplimiento en la adopción de medidas especiales, cuando tiene como consecuencia la muerte de la persona menor de edad, constituye una violación del derecho a la vida imputable al estado.

En algunas de las resoluciones las niñas y niños son considerados como víctimas a causa de los daños ocasionados por la vulneración de los derechos humanos de sus padres y que les afectan negativamente; por ejemplo en el caso de niños indígenas desplazados.

El desarrollo integral del niño constituye, según la corte, el objetivo de los tratados internacionales en la materia. La jurisprudencia interamericana reitera la interpretación hecha por el Comité de los Derechos del Niño, considerando al desarrollo como un concepto holístico que incluye los aspectos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Considera también que la discriminación puede conducir a la vulneración de otros derechos, ya sea por negar el acceso a un derecho (por ejemplo, el registro civil) o derivado de la estigmatización que vincula la delincuencia con las condiciones de pobreza.

La Corte Interamericana se ha pronunciado en diversos casos contenciosos sobre los derechos del niño. La primera resolución en la materia fue el Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala (1999). Otras sentencias relevantes son: Bulacio *vs.* Argentina (2003), Hermanos Paquiyauri *vs.* Perú (2004), “Instituto de Reeducción del Menor” *vs.* Paraguay (2004), Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana (2005), Masacre de Mampiripán *vs.* Colombia (2005), Hermanas Serrano Cruz *vs.* El Salvador (2005), Vargas Areco *vs.* Paraguay (2006), Servellón García *vs.* Honduras (2006), Masacres de Ituango *vs.* Colombia (2006), Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay (2006), Tiu Tojín *vs.* Guatemala (2008), Masacre de las Dos Erres *vs.* Guatemala (2009), Comunidad Indígena Xákmok Kásek. *vs.* Paraguay (2010), Rosendo Cantú *vs.* México (2010), Chitay Nech y otros *vs.* Guatemala (2010), González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México (2011), Gelman *vs.* Uruguay (2011), Familia Barrios *vs.* Venezuela (2011), Atala Riffo y niñas *vs.* Chile (2012), Forneron e hija *vs.* Argentina (2012), Furlan y familiares *vs.* Argentina (2012), Mendoza y otros *vs.* Argentina (2013).

Mónica González Contró

450. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Los derechos de la personalidad son una institución de derecho civil. Su origen se presenta en la jurisprudencia francesa en el siglo XVIII, a través de la regla general de responsabilidad civil, que establece: “El que causa daño a otro tiene como sanción la obligación de repararlo”, a la manera de la *actio iniuriarum* romana, contemplado en el Código Napoleón. Pero como noción surge en 1909 con la publicación de un artículo de E. H. Perreau titulado “Los derechos de la personalidad”, donde contempla la reparación del daño cuando se afectan los sentimientos de una persona.

Existen varias definiciones de lo que conocemos como derechos de la personalidad. Para Castán Tobeñas, en la obra *Los derechos de la personalidad*, son “Aquellos que tienen por objeto los modos de ser, físicos morales, de la persona”. Para Ferrara, son los derechos que “Garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su propia persona, la actuación de las propias fuerza físicas y espirituales”. Estas definiciones tienen carácter de derechos subjetivos, como facultad determinada por la norma jurídica a cada persona; sin embargo, deben contemplar situaciones actuales y concretas. Por ello nosotros definimos de la siguiente manera a los derechos de la personalidad: “derechos subjetivos privados con una doble faceta. La primera implica la autodeterminación y protección, y la otra es la facultad que tiene la persona para demandar la acción de reparación de los daños que haya sufrido. Todo ello recae sobre los bienes inmateriales más preciados para una persona, como su vida, honor, libertad, vida privada, etcétera”.

Destacan de nuestra definición los siguientes elementos: primera. Son derechos subjetivos privados; segunda. Con doble faceta: a) Implica autodeterminación y protección. b) Faculta a la persona para demandar la reparación de los daños que haya sufrido. La tercera. Estas facultades se ejercen sobre bienes inmateriales, como la vida, la libertad, la igualdad, el honor, la vida privada, la imagen, los derechos sobre el cuerpo en vida, sobre el cadáver, sobre la voz, sobre la identidad, y muchos derechos más.

I. SON DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS. Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos porque la facultad o poder se encuentra en el orden jurídico. Kelsen señala al respecto: “La esencia del derecho subjetivo se encuentra en el hecho que la norma jurídica otorga al individuo el poder jurídico de reclamar mediante la acción por el incumplimiento de una obligación”. Solo cuando la norma jurídica establece la existencia de derechos o facultades a favor de una persona se puede exigir su respeto a través de la acción jurisdiccional.

La definición propuesta destaca la *facultad que la persona tiene sobre sí misma*, pero estas potestades las tendrá con los límites establecidos dentro del orden jurídico. Si bien es cierto que la persona es el sujeto que puede disponer de sí misma, también lo es que no tiene el poder absoluto sobre sí. Los límites siempre han de estar fijados por la esfera jurídica del gobernado, que se encuentra determinado por el sistema jurídico al que pertenece.

Son derechos subjetivos privados porque la persona actúa en su protección contra la acción o conducta de un particular, siempre en relaciones entre igualdad, y no de particular a estado, porque en este supuesto se hablaría de violación directa a derechos humanos o garantías individuales, y estaríamos en materia de derecho constitucional y no civil. Mientras que los derechos humanos y las garantías individuales están garantizados por el derecho público e internacional, los derechos de la personalidad están garantizados por el derecho civil.

Así mismo, las instancias y los efectos por la violación de los derechos humanos, garantías individuales y derechos de la personalidad son diversos. Tratándose de derechos humanos, en nuestro país se puede acudir a la Comisión de Nacional de los Derechos Humanos o a las comisiones locales. El efecto es tener una resolución donde se recomiende a la autoridad responsable que verifique su actuar; mas dichas recomendaciones no son obligatorias para

la autoridad en tanto que la violación a las garantías individuales es protegida a través del juicio de amparo, y el efecto es restituir al gobernado en el uso y goce de sus garantías.

En materia puramente civil, se acude a tribunales civiles, donde se busca obtener una sentencia favorable en la cual se obligue al demandado a reparar el daño moral causado.

II. DOBLE FACETA: AUTODETERMINACIÓN, PROTECCIÓN Y REPARACIÓN DEL DAÑO.

1. *Autoprotección*. Los derechos de la personalidad permiten que la persona participe activamente en autodeterminación. Gracias a esta facultad, la persona puede disponer de ciertas manifestaciones derivadas de estos derechos. Por ello, encontramos la posibilidad de la donación de órganos o hacer partícipes de hechos privados a otros, de tal manera que la persona dispone parcialmente de manifestaciones de estos derechos.

Los derechos de la personalidad como derechos subjetivos facultan a la persona para que ella misma intervenga en su protección. Un ejemplo claro es la facultad que tienen las personas para restringir su información privada que se encuentre en bases de datos. Este es el llamado *habeas data* o protección de datos personales, que se ha incorporado en varios países, que se complementa con legislación particular sobre la materia.

Esta facultad hace en el caso de la protección de estos derechos de la personalidad, que participe activamente y pueda, a través de mecanismos jurídicos, realizar incluso actos jurídicos tendientes a garantizar sus intereses y procurar evitar daños de imposible reparación.

Como parte de su protección, ha de tomarse en cuenta la facultad que tiene la persona para acudir ante los tribunales y solicitar, ante una posible agresión, emitir las medidas pertinentes para evitar que se cause el daño, o para impedir que se siga causando, cuando este ya se presentó.

2. *La reparación del daño*. Ante la injerencia, violación a afectación al grupo de bienes considerados en conjunto como derechos de la personalidad y trae aparejada la facultad para reclamar la reparación del daño moral, que consiste en una indemnización. Como regla general encontramos que debe ser fijada en dinero; sin embargo, encontramos la opción de reparación a través de conductas de hacer o no hacer. A manera de ejemplo, cuando la injerencia es contra el derecho al honor, como reparación del daño se otorga al afectado el derecho de réplica.

III. BIENES TUTELADOS. El término de “derechos de la personalidad” engloba ciertos bienes superiores a los económicos, como la vida, el honor, etcétera; por ello muchos los consideran bienes, o en términos de derecho penal, son bienes jurídicamente tutelados; son valiosos por sí mismos, independientemente del valor económico. Señala con acierto Ihering que la tradición romana llamaba bien solo aquello apreciable económico, pero agrega que “La libertad, la vida, el honor, son inestimables”. Y sin embargo, cuando se atenta contra ellos el derecho romano castigaba esta “violación de esos bienes con el pago de una suma de dinero impuesta como pena”.

Por encima de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral, cuyo valor es mucho más grande: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia, porque sin esos bienes las riquezas exteriores no tendrían ningún precio.

La seguridad jurídica se logra, según Ihering, en la concepción de bienes jurídicos protegidos, independientemente de su valor económico o no, auna-

do al interés, utilidad y goce son para lograr seguridad jurídica. Por ello es que afirmó: “los derechos son intereses jurídicamente protegidos”. Castán Toboñas redondea perfectamente el argumento del alcance de la protección de los derechos subjetivos de la personalidad cuando señala que “La teoría de los derechos de la personalidad pertenece fundamentalmente al derecho privado. Ha respondido al propósito de que sean reconocidos y proclamados tales derechos como una nueva especie de derechos privados, dotados de protección civil”. Por tanto, los derechos de la personalidad tienen como objeto garantizar la dignidad de la persona en las relaciones entre particulares.

Elvia Lucía Flores Ávalos

451. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El derecho de las personas con discapacidad no está previsto expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que ha sido desarrollado a lo largo de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otra parte, es importante destacar que en 1999 se aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que define la discapacidad en su artículo 1.1 como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre discapacidad puede ser dividida en dos grupos. El primero se refiere a personas con discapacidad privadas de la libertad, tanto en instituciones psiquiátricas (caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, núm. 149) como en cárceles (caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, sentencia de 29 de febrero de 2016, núm. 312), y el segundo grupo son los niños con discapacidad y mujeres infértiles y niños con virus de inmunodeficiencia humana (VIH), todos en contextos sociales y jurídicos que les impedían el ejercicio de sus derechos humanos. A continuación veremos los principales aspectos de los derechos de las personas con discapacidad y la evolución de su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La primera sentencia de la Corte sobre el tema que abordamos fue *Ximenes Lopes vs. Brasil*: en esa oportunidad, el Tribunal afirmó el vínculo directo y significativo existente entre la discapacidad y la pobreza y la exclusión y, en ese sentido, señaló que “los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales, como era el caso del señor Damião Ximenes Lopes” (párr. 104). Entre las medidas positivas a cargo de los Estados, la Corte señaló aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición.

Por otra parte, al afirmar que las personas con discapacidad son frecuentemente objeto de discriminación a raíz de su condición, la Corte estableció

que los Estados deben adoptar todas las medidas para eliminar ese tipo de discriminación e integrarlas plenamente en la sociedad (párr. 105). En la aludida sentencia, también destacó que las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas son más vulnerables a la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (párr. 106). En conclusión, la Corte declaró que el tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales “debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida” (párr. 109).

En *Chinchilla Sandoval*, la Corte profundizó su interpretación de las obligaciones estatales en relación con personas con discapacidad privadas de la libertad. Así, tomando como referencia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reiteró que el Estado debe asegurar igualdad de condiciones con las demás personas (párr. 209). En cuanto a la salud, deben adoptar “las medidas pertinentes para asegurar el acceso [...] a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud” y adoptar medidas efectivas y pertinentes de habilitación y rehabilitación para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida (párr. 210).

En razón de las circunstancias particulares de la señora Chinchilla Sandoval y del centro donde cumplía su condena, la Corte estableció que el derecho a la accesibilidad desde la perspectiva de la discapacidad comprende el deber de ajustar un entorno en el que un sujeto con cualquier limitación pueda funcionar y gozar de la mayor independencia posible, a efecto de que participe plenamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con las demás. En el caso de personas con dificultades de movilidad física, el contenido del derecho a la libertad de desplazamiento implica el deber de los Estados de identificar los obstáculos y las barreras de acceso y, en consecuencia, proceder a eliminarlos o adecuarlos, asegurando con ello la accesibilidad de las personas con discapacidad a las instalaciones o servicios para que gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible (párr. 214). No hacerlo violaría el principio de no discriminación. Asimismo, la Corte consideró que la autoridad debió facilitar que la señora Chinchilla Sandoval pudiera acceder, conforme al principio de equivalencia, a medios a los cuales razonablemente hubiera podido acceder para lograr su rehabilitación si no se hubiera encontrado bajo custodia estatal, así como para prevenir la adquisición de nuevas discapacidades (párr. 216).

En 2012, *Furlan y familiares vs. Argentina* (sentencia de 31 de agosto de 2012, núm. 246), la Corte se refirió al importante modelo social para abordar la discapacidad, según el cual, “la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas” (párr. 133). En ese sentido, al referirse a las personas con discapacidad como titulares de protección especial

(en razón de su situación de vulnerabilidad), enfatizó la obligación positiva de los Estados de garantizar igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, lo que implica promover prácticas de inclusión social y adoptar medidas de diferenciación positiva para remover barreras.

Tratándose de niños con discapacidad, la Corte interpretó la obligación estatal a la luz de la Convención de los Derechos del Niño y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (y los pronunciamientos de sus respectivos comités), de modo que las medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social tengan en cuenta aspectos tales como la falta de acceso y ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud (párr. 138). Cabe destacar en esa sentencia la aproximación de la Corte sobre otro obstáculo fundamental enfrentado por las personas con discapacidad: el acceso a la justicia. Al respecto, la sentencia afirmó que las personas con discapacidad “deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (párr. 268). Por tanto, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

Por su parte, en *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (sentencia de 28 de noviembre de 2012, núm. 257), la Corte consideró que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional de prohibir los tratamientos de fertilización *in vitro*, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva.

Finalmente, en *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (sentencia de 1 de septiembre de 2015, núm. 298), la Corte reafirmó su comprensión del modelo social de discapacidad mencionado en el caso *Furlan (supra)* y aclaró que la situación de la víctima de “convivir con el VIH no es *per se* una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrente una persona por convivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad”, lo que efectivamente ocurrió en el caso concreto (párr. 238).

Carlos Gaio

452. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

En el ámbito europeo, los derechos de los extranjeros reciben protección tanto en el marco del Consejo de Europa como de la Unión Europea, una de cuyas principales políticas se dirige al control de las fronteras de la Unión, el asilo y la inmigración (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, título V, parte III).

En el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como la Carta Social Europea, los dos principales tratados de derechos humanos adoptados en el seno del Consejo de Europa, reconocen derechos de los extranjeros. El CEDH es parco en lo que al reconocimiento expreso de los derechos de los extranjeros se refiere (art. 5.1.f, 14 y 16 CEDH; art. 2 Protocolo núm. 4; arts. 3 y 4 Protocolo núm. 4; art. 1 Protocolo núm. 7; art. 1 Protocolo núm. 12), pero la nutrida jurisprudencia de su máximo órgano de control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha colmado esa laguna.

El TEDH ha partido del reconocimiento de la titularidad del conjunto de derechos previstos en el CEDH por los no nacionales (caso *Boultif vs. Suiza*, sentencia de 2 de agosto de 2001, núm. 54273/00), que deben disfrutar de esos derechos sin ser discriminados por razón de su nacionalidad (caso *Koua Poirrez vs. Francia*, sentencia de 30 de septiembre de 2003, núm. 40892/98), y de la imposición de claros límites, materiales y formales, a la facultad que tienen los Estados parte del Convenio de controlar los flujos migratorios, imponiendo restricciones a la entrada y permanencia de no nacionales en sus territorios (caso *Hirsi Jamma y otros vs. Italia*, sentencia de 23 de febrero de 2012 [Gran Sala], núm. 27765/09).

En ese sentido, el TEDH ha identificado los siguientes límites materiales a la facultad que tienen los Estados miembros de controlar sus flujos migratorios: a) Derecho de los no nacionales a abandonar cualquier país, independientemente de su condición de residente regular en el mismo, así como el derecho a circular (y residir) libremente en el territorio del país en el que se resida legalmente (art. 2 Protocolo núm. 4; TEDH, caso *Demir vs. Francia*, de 4 de abril de 2006, núm. 3041/02); b) derecho de los no nacionales a no ser extraditados o expulsados hacia terceros países en los que puedan ser privados de los derechos que les reconoce el Convenio (principio de *non refoulement*, arts. 2, 3 y 6 CEDH; TEDH, caso *M.S.S vs. Bélgica y Grecia*, sentencia de 21 enero 2011 [Gran Sala], núm. 30696/09); c) derecho a unas mínimas condiciones materiales en los centros de internamientos de extranjeros, más rigurosas para aquellos casos en que los no nacionales sean niños o familias con niños (art. 3 CEDH; TEDH, caso *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, sentencia de 12 de octubre de 2006, núm. 13178/03); d) derecho a no ser privado de la libertad por motivos migratorios, excepto en aquellos casos en que se entre ilegalmente en el país o se esté incurso en un procedimiento de extradición o expulsión, y siempre que la privación de libertad esté prevista legalmente, se siga el procedimiento legalmente previsto y no sea arbitraria (art. 5.1.f CEDH; TEDH, caso *Saadi vs. Reino Unido*, sentencia de 29 de enero de 2008 [Gran Sala], núm. 13229/03); e) derecho a que toda decisión de expulsión o alejamiento de un no nacional del territorio de un Estado respete su vida privada y familiar (art. 8 CEDH; TEDH, caso *Üner vs. Países Bajos*, sentencia de 18 de octubre de 2006, núm. 46410/99), y f) derecho de los no nacionales a no ser discriminados por razón de su nacionalidad (TEDH, caso *Andrejeva vs. Letonia*, sentencia de 18 de febrero de 2009 [Gran Sala], núm. 55707/00) o del tipo de residencia (TEDH, caso *Anakomba Yula vs. Bélgica*, sentencia de 10 de junio de 2009, núm. 45413/07).

Más allá de esos límites materiales, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH identifican también importantes límites formales a la capacidad que

tienen los Estados europeos de controlar sus flujos migratorios, al prohibir las expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4 Protocolo núm. 4), y exigir que la expulsión de todo extranjero se lleve a cabo solo en los supuestos y con las garantías previstas en la ley, y respetando una serie de exigencias procedimentales contempladas en el artículo 7 del Protocolo núm. 7. En materia de asilo, el TEDH también ha impuesto una serie de requerimientos procedimentales a los Estados parte (art. 13 CEDH; TEDH, caso *Gebremedhin vs. Francia*, sentencia de 16 de abril de 2007, núm. 25389/05).

La Carta Social Europea revisada, complemento del TEDH en materia de derechos sociales, dedica sus artículos 17 y 18 a los derechos de los trabajadores migrantes, recociendo el derecho de los nacionales de los países miembros a desplazarse al territorio de otros Estados parte para trabajar, así como el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y la asistencia de las naciones signatarias. Sin embargo, el impacto de las disposiciones de la Carta y la labor de su organismo de control en materia de extranjería ha sido quizá menos evidente que la del CEDH y el TEDH, dada la limitada definición del ámbito de aplicación personal de las disposiciones de la Carta (véase Apéndice a la Carta). Aunque el texto de la Carta Social parece excluir formalmente de la titularidad de sus derechos a cualquier extranjero que se halle en situación irregular y no sea nacional de un Estado parte, el Comité Social Europeo (CSE) parece haber realizado una interpretación extensiva de la Carta reconociendo, en ocasiones, derechos de los extranjeros en situación irregular (CSE, *International Federation of Human Rights (FIDH)*, queja núm. 14/2004, decisión de 8 de septiembre de 2004).

Todavía en el ámbito del Consejo de Europa hay que destacar la adopción de varios tratados específicos centrados en los derechos de los no nacionales, especialmente, el Convenio Relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante (1977); la Convención sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública a Nivel Local (1992), que reconoce una serie de derechos de participación a los no nacionales que residen legalmente en el territorio de un Estado parte, incluyendo a votar y ser votados en las elecciones locales, y la Convención Europea sobre la Nacionalidad (1997).

En el marco de la Unión Europea, la puesta en marcha de una política de control de fronteras, asilo e inmigración es relativamente reciente, enmarcándose en la cooperación de los Estados miembros en materias de justicia e interior, primero de manera informal, a través del llamado “Grupo de Trevi” (1975), y después de forma institucionalizada con la creación de la Cooperación en los Ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior por el Tratado de Maastricht (1992). Los actuales tratados constitutivos de la Unión ubican esta política dentro del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, atribuyendo a la Unión Europea importantes competencias en materia de control y gestión de las fronteras exteriores de la Unión y para el desarrollo de una política común en materia de asilo e inmigración.

Como contrapunto a la atribución de estas competencias a la Unión, el derecho de la Unión Europea reconoce los derechos de los no nacionales de los Estados miembros de la Unión en distintos instrumentos, entre los que cabe destacar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, auténtico catálogo de derechos fundamentales con idéntico valor que los tratados constitutivos de la Unión (art. 6 TUE). La Carta reconoce expresa-

mente derechos de los no nacionales en sus artículos 15 (derecho a trabajar de los ciudadanos de la Unión y a condiciones laborales equivalentes para los nacionales de terceros Estados autorizados a trabajar en su territorio); 18 (derecho de asilo); 19 (prohibición de expulsiones colectivas y *non refoulement*), y 45 (libertad de circulación y residencia para los ciudadanos de la Unión y, limitadamente, para los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el territorio). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) parece haber entendido que los extranjeros son titulares del conjunto de derechos reconocidos en la Carta (TJUE, sentencia de 6 de diciembre de 2012, asunto *O y otros*, C-356/11 y C-357/11), elaborando una nutrida jurisprudencia en materia de extranjería, que es claramente deudora de la del TEDH en la materia (para citas al TEDH véase, por ej., TJUE, [Gran Sala], sentencia de 21 de diciembre de 2011, asuntos *N. S.*, C-411/10, y *M. E.*, C-493/10).

María Díaz Crego

453. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y RECURSOS GENÉTICOS

I. DERECHOS INDÍGENAS CONTENIDOS EN LOS DOCUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS. En el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados han sentido la necesidad de complementar las principales declaraciones y convenciones que abarcan los derechos humanos universales (la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) con varios documentos adicionales que contengan los derechos de grupos específicos (por ejemplo niños y personas con discapacidad). Se considera necesario este trabajo porque las personas ubicadas en estos grupos suelen ser especialmente y constantemente vulnerables a los abusos de derechos humanos, debido a un registro histórico de opresión y de los patrones persistentes de discriminación y/o marginación en muchas sociedades. Las mismas motivaciones subyacen a la creación de derechos de los pueblos indígenas dentro de los derechos humanos. Esto puede verse claramente en los siguientes argumentos presentados por el grupo de las Naciones Unidas para el desarrollo en sus *Directrices sobre Cuestiones Relativas a los Pueblos Indígenas*: “En muchos lugares del mundo, los pueblos indígenas enfrentan una historia de discriminación y exclusión que les ha mantenido al margen de las sociedades mayoritarias con las que conviven. Por esta razón, enfrentan grandes dificultades para mantener y formular sus propios modelos de desarrollo y bienestar y por consiguiente la pobreza y la exclusión les afectan de manera desproporcionada” (2008, 6). “Los pueblos indígenas, como colectivos, tienen culturas y cosmovisiones distintas y únicas, y sus necesidades actuales y aspiraciones para el futuro pueden diferir de aquellas de la población dominante. Su igual valor y dignidad solo pueden ser asegurados por medio del reconocimiento y protección no solo de sus derechos individuales sino también de sus derechos colectivos como grupos distintivos. Estos derechos pueden materializarse de manera significativa cuando se afirman colectivamente” (2008; 6).

Los derechos de los pueblos indígenas se articulan en dos principales documentos internacionales:

— El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, un tratado jurídicamente vinculante adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1989 (que sustituye al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957), y

— La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, una declaración de aspiraciones adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2007.

Estos documentos proporcionan reglas y recomendaciones para la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Los primeros incluyen los derechos humanos universales asignados a cada uno, los últimos incluyen los derechos a la libre determinación de los pueblos, derechos sobre la tierra, recursos, conocimientos, instituciones, tradiciones y costumbres. Los pueblos indígenas son definidos por la Organización Internacional del Trabajo como:

“Los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, art. 1o.).

II. LOS RECURSOS GENÉTICOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL. Los recursos genéticos es un término usado para describir el “material genético de valor real o potencial” que puede ser de “origen vegetal, animal, microbiano o de otro origen” (Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 2o.). Constituyen la base de la biodiversidad del planeta, son vitales para la producción agrícola, y se ha encontrando cada vez más, mayores aplicaciones para su uso industrial, por ejemplo, en la producción de productos farmacéuticos, productos agrícolas, los biocombustibles, tintes y enzimas. Muchas de las áreas donde se encuentran asentados los grupos indígenas son ricas en diversidad biológica, que es de gran interés para los grupos de investigación, públicos y privados, como fuente de los recursos genéticos.

El enfoque dominante del derecho internacional sobre los recursos genéticos es el de dotar de soberanía a los Estados de los derechos sobre los mismos. El acceso a los recursos genéticos se realiza con el consentimiento informado previo del Estado proveedor y debe ser negociado en condiciones mutuamente acordadas, incluidas las condiciones de participación en los beneficios del uso posterior de los recursos. El Convenio sobre la Diversidad Biológica es el principal ejemplo de este enfoque, pero también ocurre en otros acuerdos, como el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos.

Los documentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento de los derechos en relación con los recursos naturales y los conocimientos asociados a los mismos. Algunas normas internacionales sobre recursos genéticos, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y su Protocolo de Nagoya, incluyen el reconocimiento de que los pueblos indígenas tienen derechos sobre algunos de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a ellos. Estas normas exigen que, al menos, deban ser consultados sobre el uso de sus conocimientos asociados a los recursos genéticos, así como en la negociación de los acuerdos de distribución

de beneficios. Otras normas internacionales, las cuales pueden influir en demandas de propiedad sobre los recursos genéticos —como el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual— todavía no incorporan ese reconocimiento, y en la actualidad hay varios procesos de negociación en curso para tratar de conciliar esas normas con los derechos de los pueblos indígenas.

III. LOS DERECHOS COLECTIVOS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LOS DOCUMENTOS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales no se refiere específicamente a los recursos genéticos, sin embargo, sus disposiciones en materia de recursos naturales tienden a aplicarse. Se especifica, por ejemplo, en el art. 15, que “Los derechos de los pueblos relacionados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán de protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no se refiere específicamente a los recursos genéticos, se establece en el art. 31 que los pueblos indígenas tienen los derechos de “Mantener, controlar, proteger, desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y flora... también... tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales”.

IV. LA REFLEXIÓN DE ESTOS DERECHOS EN LAS NORMAS PERTINENTES A LOS RECURSOS GENÉTICOS. Uno de los objetivos de la Convención sobre la Diversidad Biológica es “la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos” (art. 1o.). La Convención aplica el enfoque de los derechos soberanos del Estado sobre los recursos genéticos, pero sí proporciona reconocimiento a la importancia de los conocimientos tradicionales, y compromete a los Estados a “respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales... y promover su amplia aplicación, con la aprobación y participación de quienes poseen esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente” (art. 8-j).

Para ir más allá de la elaboración de las disposiciones de la Convención sobre acceso y participación en los beneficios, se adoptó el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Provenientes de su Utilización en el año 2010. Las disposiciones del Protocolo relativas a los pueblos indígenas se centran principalmente en los derechos sobre el conocimiento tradicional, con un cierto reconocimiento de la inseparabilidad que este conocimiento conlleva sobre los recursos genéticos. Lo anterior alienta a los Estados a proporcionar una distribución justa y equitativa de los beneficios con la comunidad que provee estos recursos para la utilización de estos conocimientos y recursos, y el otorgamiento previo del consentimiento informado el acceso en condiciones mutuamente convenidas.

El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos (adoptado por la Organización para la Agricultura y la Alimentación en 2001), reconoce las contribuciones de las comunidades indígenas y locales, en el desarrollo de varios recursos genéticos de plantas; sin embargo, las disposiciones de distribución de beneficios se centran principalmente en los pequeños agricultores en los países en desarrollo.

Existe una amplia preocupación por parte de algunos Estados y comunidades indígenas acerca de las disposiciones de la Convención sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Nagoya y los derechos de los pueblos indígenas en general, puesto que no están adecuadamente reflejados en las normas internacionales en materia de derechos de propiedad intelectual. La discusión de estos temas se ha desarrollado principalmente en dos foros internacionales: el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual de la Organización Mundial del Comercio y el Comité Intergubernamental de Expertos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Preocupaciones similares se han planteado en ambos foros en la última década, pero los avances en el Comité de Recursos Genéticos son más avanzados. Se han producido varios documentos de orientación y una base de datos en línea sobre la biodiversidad y el acceso relacionado a los acuerdos de distribución de beneficios. Actualmente se está en el proceso de elaboración de uno o más instrumentos legales “para la protección eficaz de las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales, y para hacer frente a los aspectos de propiedad intelectual sobre el acceso y participación de los beneficios de los recursos genéticos” (OMPI, sin fecha).

Las principales preocupaciones planteadas han sido: el patentamiento del uso de los conocimientos tradicionales, el cual no ha sido adecuadamente reconocido en búsquedas previas del estado del arte; que puede haber malversación o mal uso de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales sin el consentimiento previo de los titulares indígenas, y que no se requiere la revelación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, ni que haya evidencia de haber obtenido el consentimiento informado previo en condiciones mutuamente convenidas. Más detalles acerca de estos temas se pueden encontrar, por ejemplo, en la Organización Mundial del Comercio de 2006 / Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, reporte de *La Protección de los Conocimientos Tradicionales y Folclore: Resumen de las Cuestiones Planteadas*, y a través de la página web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (www.wipo.int/tk/en/igc/).

Catherine Rhodes
(traducción de María de Jesús Medina-Arellano
y Emily Guadalupe Patrón Becerra)

454. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PRINCIPIO DE IRREVERSIBILIDAD)

El principio de irreversibilidad tiene su aplicación en los derechos económicos, sociales y culturales. El reconocimiento de estos derechos sigue siendo una lucha constante contra el Estado y los grandes capitales, agravada actualmente por la crisis económica global y del Estado de bienestar. Todo lo cual ha vuelto muy dúctil este principio.

Este principio también se aplica a los derechos individuales. Por ejemplo no se puede retroceder a la esclavitud, a la tortura, a una religión obligatoria, etcétera.

La irreversibilidad obliga a no retroceder las conquistas logradas, pero la realidad nos ha demostrado que bajo ciertas circunstancias se presentan lamentables regresiones.

Este principio se desprende del art. 4o. de la Constitución nicaragüense que establece el deber del Estado de promover y garantizar los avances de carácter social y político, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano; y del art. 48.1 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

Con relación a la naturaleza jurídica de este principio han surgido tres tesis.

La primera tesis estima que la prohibición del no retroceso es simplemente una expectativa, no una verdadera norma jurídica, lo que debilita considerablemente el principio, de tal manera que el legislador puede cambiar la norma relacionada con estos derechos, incluso reducirlos, disminuir el monto de las pensiones del seguro social, aumentar la edad de jubilación, disminuir el salario mínimo, disminuir o suprimir ciertas prestaciones sociales a la clase trabajadora, sin poder alegarse la existencia de derechos adquiridos, y sin que exista violación a la constitución. Esta tesis carece de aceptación general.

La segunda tesis sostiene en forma absoluta el principio de no regresividad, según el cual la reducción de estos derechos por el legislador, constituye una violación directa a la Constitución. Por ejemplo, no se pueden reducir los gastos de salud o de educación para racionalizar el gasto público o reducir las pensiones del seguro social, o las que ya están prácticamente por concederse. Esta tesis es la que goza de más simpatía, pero lamentablemente cede ante la realidad de fuerzas mezquinas.

La tercera tesis, la más aceptada y flexible para algunos autores, reconoce el principio de la no regresividad de dichos derechos, considerándolos *prima facie* derechos protegidos por la presunción de que todo retroceso debe estimarse inconstitucional, pero acepta que las autoridades puedan demostrar las imperiosas necesidades que impidan la progresividad prestacional, por las que el legislador puede tener amplitud para formular el alcance prestacional de acuerdo a los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Iván Escobar Fornos

455. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (SISTEMA DE PROTECCIÓN)

La expresión “derechos económicos, sociales y culturales” (DESC) se utiliza preferentemente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, mientras que en los contextos internos suele emplearse la terminología “derechos sociales”.

Los DESC no son menos derechos que los civiles y políticos. De hecho, son pre-requisitos para el disfrute de varios de estos últimos. Piénsese por ejemplo en derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, la educación, sin los cuales aquellos serían poco más que simples palabras o solo “derechos de o sobre el papel” como de modo crítico lo denomina prestigio-

sa doctrina (Ferrajoli, Wellman, Guastini). Expuesto en otros términos, por medio de hechos y no de fraseología vana debe garantizarse un *mínimo vital* intangible en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Como no han faltado voces que catalogan a los DESC como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo, se torna imprescindible la búsqueda de caminos procesales constitucionales para efectivizarlos en los marcos jurídicos estatales (el *amparo* es de gran valor al efecto) o, eventualmente, de vías idóneas para acceder a instancias internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos o Comité de DESC de la ONU).

Entre los derechos civiles y políticos y los DESC existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y de ninguna manera, media separación antinómica. El empleo léxico de la expresión “generaciones de derechos humanos”, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar aquella unidad conceptual de los derechos (ver Cañado Trindade, Rabossi), puesto que ellos imbrican en la dignidad humana, obviamente, también unitaria. De ello se sigue que si los derechos tienen un carácter integral, también lo debe tener su protección. La escisión de los derechos humanos en “categorías” pretendidamente diversas y estancas conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la universalidad, la interrelación e interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos, sean estos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (A/CONF.157/24 [Parte I], cap. III Viena, 25 de junio de 1993), que precisamente potenciara aquellos caracteres, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional” (Parte II, párr. 98 de la declaración y el programa de acción aludidos).

Los Estados deben garantizar las condiciones mínimas para la protección y la concreción de los DESC, que son derechos fundamentales. El respeto y la realización fáctica de estos vinculan genéricamente a los clásicos poderes del Estado: al ejecutivo, al diseñar las políticas sociales; al legislativo, al dictar las cláusulas pertinentes para impulsar la operativización de los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales; y al judicial, al aplicar e interpretar la normativa emanada de los órganos competentes, salvar las omisiones inconstitucionales e inconventionales en que estos incurran, supervisar la progresividad sustentable de aquellos derechos (que no debe verse como una crónica inocuidad) y procurar enervar los intentos de regresividad injustificada a su respecto.

Sin perjuicio de que todos los órganos del poder constituido están involucrados en tales menesteres, sin duda la actividad de la judicatura constitucional adquiere singular importancia ya que el recaudo de agotamiento de los recursos internos para viabilizar el acceso a alguna instancia internacional de protección requiere ineludiblemente la intervención de aquella, por lo que su rol en este ámbito es esencial en tanto garante final de los derechos humanos en el plano doméstico. Es igualmente significativa la intervención jurisdiccional porque su actuación —al fallar en hipótesis de incumplimiento o transgresión en el campo de los DESC— produce un doble efecto: *directo*,

dirimiendo y dando solución a los casos concretos en los que entren en juego tales derechos; e *indirecto*, pues una línea jurisprudencial consistente puede ser un valioso instrumento para incidir en la formación o el redireccionamiento de políticas públicas en materia social, especialmente en momentos en que los niveles de desigualdad, exclusión y pobreza se tornan más acuciantes.

En cuanto a las alternativas protectorias internacionales, en la dimensión *interamericana* la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contiene solo una norma acerca de los DESC: el art. 26, bajo el título “Desarrollo progresivo”. La cláusula en cuestión aparece un tanto difusa y se refiere al logro progresivo de la plena efectividad de tales derechos, “en la medida de los recursos disponibles”. Además, y a diferencia de lo que sucede con los derechos civiles y políticos, en la citada disposición los DESC no aparecen directamente individualizados sino aludidos por vía de remisión a “los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha producido un desarrollo jurisprudencial muy profuso en torno a la cláusula en análisis. Pueden relevarse dos casos en el particular, aunque en puridad en ambos evitó pronunciarse sobre la invocada vulneración de tal artículo: “Cinco Pensionistas *vs.* Perú” (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98) y “Acevedo Buendía y otros *vs.* Perú” (Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1o. de julio de 2009, Serie C, núm. 198). En el primero de ellos la interpretación del art. 26 aparece desenfocada pues pareciera exigir [impropiamente] la convergencia de una violación colectiva de DESC en el Estado en cuestión para poder expedirse al respecto; mientras que en el segundo, se aprecian consideraciones más elaboradas y superadores en el particular, por ejemplo, al dejar sentado que las obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2 de la CADH resultan también aplicables al art. 26, *ibidem*.

En el marco de la búsqueda de técnicas argumentales o vías alternativas que propicien la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC en la esfera interamericana, deben contabilizarse —entre otras— los principios de igualdad y de debido proceso y el derecho fundamental de acceso a la información pública. Pese a tales estrategias mediatas, es imperioso que la Corte IDH profundice la discusión y avance en la línea de conferir plena justiciabilidad al art. 26 de la CADH más allá de los enlaces indirectos que pudieran existir entre los DESC y otros derechos consagrados en dicha Convención y que ha constituido en general la posición corriente que en la materia ha asumido el Tribunal. Justamente, el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el “Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador” (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 261) ofrece interesantes aristas y muestra el buen camino que debe transitarse en el sentido indicado.

No puede omitirse indicar un importante instrumento internacional específico en la materia: el Protocolo de San Salvador, Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Dicho Protocolo prevé un sistema de *informes periódicos* acerca de las medidas progresivas que los Estados hubieran adoptado para

asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el protocolo. Pero además, establece una vía de *peticiones individuales* articulables ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aunque restringidas a los supuestos de violaciones a la libertad sindical (art. 8.1.‘a’) y al derecho a la educación (art. 13), en los términos del art. 19.6, *ibidem*. Pese al reducido espacio acordado a las peticiones individuales, podrían explorarse también alternativas vinculadas a otros preceptos del Protocolo, cuando exista conexión lógica entre ellos; además de acusar casos de discriminación respecto de la libertad sindical o los derechos relacionados con la educación (ver García Ramírez).

En el ámbito europeo, y además del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (complementado por dieciséis protocolos) que principalmente se ocupa de derechos civiles y políticos, existe la Carta Social de 1961, que cuenta con dos protocolos consolidados por medio de la Carta Social revisada de 1996, y cuyo órgano de supervisión es el Comité Europeo de Derechos Sociales. Ya en el contexto de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales, que es un instrumento internacional vinculante a partir de la vigencia del Tratado de Lisboa (1o. de diciembre de 2009), se nutre de los citados convenio y carta social europeos.

En el plano universal (Comité de DESC), debe resaltarse que uno de los puntos débiles del sistema de protección tradicionalmente radicaba en la imposibilidad de presentar denuncias individuales ante el mencionado Comité. Ello ha tenido comienzo de solución (al menos en su prefiguración normativa) con la adopción el 10 de diciembre de 2008 en Nueva York del Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales durante la 63a reunión de la Asamblea General de la ONU (Resolución A/RES/63/117), en vigor desde el 5 de mayo de 2013.

Victor Bazán

456. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (EXIGIBILIDAD)

En una aproximación a su alcance conceptual, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) hace referencia a la capacidad de realización práctica de un derecho social que, en razón a su naturaleza, según refiere Rodolfo Arango, es entendido como un derecho subjetivo de prestación positiva fáctica del Estado.

En las democracias contemporáneas, la exigibilidad compete en principio a acciones propias de los órganos de los poderes ejecutivo y legislativo; sin embargo, su ineficacia, así como la desprotección que esta última genera, legitiman la intervención del órgano jurisdiccional como una instancia idónea para lograr la garantía del derecho, esto es, la justiciabilidad; concepción que implica una tutela del derecho desde su reconocimiento, originado en una interpretación sistemática y axiológica de los ordenamientos jurídicos aplicables hasta su protección efectiva. Por ello, esta noción integra el concepto de exigibilidad sin abarcar el contenido en su totalidad.

Tanto la exigibilidad como la justiciabilidad de los derechos sociales han suscitado importantes debates con ocasión de la diferenciación categórica instaurada en relación con los derechos civiles y políticos (DCP), al restringir su ejercicio, impidiendo la materialización del derecho.

Al respecto, los Estados latinoamericanos han consagrado disposiciones constitucionales tendentes a la integración de los derechos sociales en los ordenamientos internos, así como los medios necesarios para su defensa, propendiendo por superar las profundas desigualdades construidas a partir de la jerarquización de los derechos. No obstante, las medidas adoptadas no han permitido la efectividad esperada para la transformación de los contextos sociales.

En igual sentido, esta controversia se ha planteado en el escenario internacional en discusiones sobre la justiciabilidad de los derechos, como el abordado al interior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La posición jurisprudencial inicialmente esbozada, denominada justiciabilidad indirecta, garantizaba los DESCAs en conexidad con los DCP, con fundamento en su interdependencia e indivisibilidad, originando la declaración de responsabilidad de los Estados por la violación de derechos a la vida, integridad física, propiedad y libertad de asociación; el desarrollo concomitante de estándares interamericanos en materia de derechos sociales como la salud, el trabajo, la educación, la alimentación, entre otros, y cuestionamientos significativos sobre la interpretación del artículo 26 convencional.

En esta línea argumentativa se estructuraron providencias como los casos *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (2001), *Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003), *Ximenes López vs. Brasil* (2006), *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (2009), *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), *Canales Huapaya y otros vs. Perú* (2015), *Gonzales Lluy vs. Ecuador* (2015), y *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala* (2016).

En el caso *Gonzales Lluy* se aplica, por primera vez en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador de forma directa, al reconocer la violación del derecho a la educación, y se adopta el concepto de “discriminación intersectorial” como factor relevante para la protección de estos derechos. Si bien la sentencia contiene las garantías señaladas, no trasciende en la esfera del reconocimiento directo de derechos sociales no consagrados en el artículo 19.6, al reconocer el derecho a la salud en conexidad con derechos civiles y políticos.

Posteriormente, la Corte modifica la postura de exigibilidad judicial de los derechos sociales, al fundamentar razones válidas para analizar y reconocer de manera directa las violaciones acaecidas a los derechos de esta naturaleza, fundada en una concepción amplia del artículo 26 convencional, estructurada en la interpretación literal, sistemática, teleológica y complementaria de la mencionada disposición, sustentada *grosso modo* en: *i*) la imposibilidad ontológica de establecer jerarquías entre derechos como consecuencia de su indivisibilidad, en virtud de su condición de derechos humanos y la dependencia recíproca que posibilita en algunos casos, la realización de los mismos; *ii*) el compromiso de los Estados de hacer efectivos los derechos sociales que derivan explícita e implícitamente de la Carta de la Organización de los Estados Americanos al tenor del artículo 26; *iii*) la aplicación de las obligaciones generales dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a todos los derechos consagrados en la misma permite a la Corte verificar su violación conforme a los artículos 62 y 63 del Pacto de San José; competencia que los Estados no han modificado expresamente, implicando que las interpretaciones efectuadas sean las menos restrictivas respecto a sus alcances; por lo que instrumentos como el Protocolo de San Salvador deben entenderse en este sentido, pues el artículo 19.6 no

limita las atribuciones convencionales del órgano regional al establecer la justiciabilidad directa solo para el derecho a la educación y a la libertad sindical, en razón de que no excluyen literalmente los demás derechos sociales.

El nuevo paradigma es reciente en la jurisprudencia de la Corte, ya que fue consignado en 2017 en el caso *Lagos del campo vs. Perú* y desarrollado en las providencias del caso *Trabajadores Cesados de Petroperú vs. Perú* (2017), y casos *San Miguel Sosa vs. Venezuela* (2018), *Poblete Vilches vs. Chile* (2018), *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* (2018) y *Muelle Flores vs. Perú* (2019), en las que se ha protegido el derecho a la estabilidad laboral, al trabajo, a la salud y a la seguridad social.

Pese a la tendencia instaurada, su avance presenta algunos retrocesos en mérito a las posiciones ideológicas contrarias evidenciadas en algunas decisiones de la Corte IDH, que continúan aplicando la vertiente de justiciabilidad indirecta, como acontece con el caso *Vereda la Esperanza vs. Colombia*, en el que no se reconoció la exigibilidad judicial directa del derecho a la vivienda a pesar de presentarse todos los presupuestos fácticos y jurídicos para tal fin. También se reflejan en los votos disidentes formulados, en los cuales se reitera que el artículo 26 de la CADH no contiene derechos sociales exigibles de forma directa, sino la obligación de desarrollo progresivo de los derechos derivados de la Carta de la OEA; la limitación del Protocolo de San Salvador respecto a la justiciabilidad de los DESCAs al permitir exclusivamente el estudio de casos en relación con los derechos sindicales y a la educación, y la imposibilidad de justificar una interpretación inválida de la norma mediante el principio pro persona.

Las posiciones descritas ponen de relieve una Corte que propende por tomar en serio los derechos sociales y su exigibilidad, siendo necesario fortalecer y consolidar los fundamentos alcanzados en aras de continuar avanzando en las tendencias progresistas que permitan su realización plena.

Por lo anterior, la exigibilidad de los DESCAs requiere actualmente un rol activo de jueces, comisionados y víctimas que incentiven al interior del SIDH, argumentos sólidos que trasciendan las posturas asumidas, estimándose pertinente indagar por su reconocimiento a partir de los postulados convencionales *per se* y las circunstancias particulares en los casos concretos, sin acudir a un catálogo específico preestablecido. Asimismo, es necesaria la implementación de medidas de reparación idóneas para asegurar que las violaciones a los derechos sociales autónomos no se configuren en simples declaraciones, conforme al artículo 63.1 convencional, incidiendo además en la transformación estructural de la fuente originaria de la afectación. Finalmente, debemos perfeccionar los criterios para el cumplimiento de las sentencias emitidas, promoviendo los espacios dialógicos, democráticos y deliberativos.

Claudia Viviana Muñeton Londoño

457. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (JUSTICIABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

A más de tres décadas de entrar en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se sigue debatiendo sobre la naturaleza y los alcances de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a que se refiere el único precepto que contiene su capítulo III: el artículo 26. Este precepto convencional exige ser interpretado a la luz de los tiempos actuales

y conforme con los evidentes avances del derecho internacional de los derechos humanos, así como del derecho constitucional en la materia. En efecto, no debe pasar inadvertido que recientemente entró en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que representa una real y potencial ventana hacia la justiciabilidad de estos derechos en el ámbito del Sistema Universal. Tampoco debe olvidarse los innegables avances de los derechos sociales fundamentales en el ámbito interno de los Estados Parte del Pacto de San José. La necesaria interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana debe también derivarse del pleno reconocimiento constitucional de la protección de los derechos sociales, en muchas de las Constituciones a manera de tendencia regional; tendencia que también se aprecia en la evolución jurisprudencial que han realizado las altas jurisdicciones nacionales, al otorgar efectividad a los derechos sociales (incluso de manera directa) y no solo en conexión con los derechos civiles y políticos. Lo anterior posibilita e incrementa el diálogo jurisprudencial —que constituye uno de los máximos desafíos de los tiempos modernos— y propicia en el ámbito regional la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos, con especial énfasis en el vínculo indisoluble entre derechos humanos efectivos con condiciones de desarrollo democrático, sobre todo a favor de amplios sectores vulnerables. El presente trabajo ha tratado de defender una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo del artículo 26 de la Convención Americana. Se ha dicho —con cierta razón— que no es buena idea que el Tribunal Interamericano ignore el Protocolo de San Salvador, como tampoco lo debe ser menoscabar el artículo 26 del Pacto de San José. Debe asumirse la interpretación a la luz de ambos instrumentos. Bajo ese entendido el Protocolo Adicional no puede restar valor normativo a la Convención Americana si expresamente no se planteó tal objetivo en aquel instrumento respecto de las obligaciones *erga omnes* que prevén los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, obligaciones generales que aplican para todos los derechos, incluso para los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como expresamente lo ha reconocido el Tribunal Interamericano. La interpretación evolutiva a la que se ha hecho referencia busca otorgar eficacia real a la protección interamericana en la materia, que luego de casi treinta años de adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a casi dos décadas de su entrada en vigor, resulta mínima su efectividad, requiriendo una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto, como lo ha venido realizando el Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles y políticos. La conexidad de derechos mediante la interdependencia e indivisibilidad de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos si bien ha sido un camino bastante consolidado en la jurisprudencia la Corte IDH, no justifica, sin embargo, negar la autonomía sobre el alcance de los derechos sociales, a partir del artículo 26 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de respeto y garantía contenidos en el artículo 1.1 del propio Tratado, que exige interpretar el Pacto de San José a la luz del *corpus juris* en materia de derechos sociales. Lo que involucra esta visión de justiciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad internacional se circunscribe a las obligaciones respecto a los

DESCA. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace directamente desde esta vía respecto a obligaciones en torno a cualquier derecho social. En este mismo sentido, las reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte IDH, y que en muchos casos impactan en prestaciones relacionadas con los derechos sociales, como las medidas de rehabilitación o satisfacción, pueden adquirir un verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances. A su vez, hablar de justicia directa implica transformar la metodología a partir de la cual se valora el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía (artículo 1.1 del Pacto de San José), que ciertamente es distinto al derecho a la vida y al derecho a la integridad personal, que respecto al derecho a la salud y otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. La ciudadanía social ha avanzado significativamente en el mundo entero y, por supuesto, en los países del continente americano. La garantía jurisdiccional “directa” de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales constituye no solo una opción interpretativa y argumentativa viable a la luz del actual *corpus juris* interamericano; representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, en avanzar hacia la dirección de la efectividad de la justicia social, al tener competencia sobre todas las disposiciones del Pacto de San José. La garantía efectiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales es una alternativa que abriría nuevos derroteros en aras de la transparencia y realización plena de los derechos, sin artilugios y de manera frontal, y así reconocer lo que desde hace tiempo viene realizando la Corte IDH de manera indirecta o en conexión con los derechos civiles y políticos. Por otro lado, el reconocimiento de los DESCAs en el Sistema Interamericano no solo implica visibilizar derechos que tradicionalmente no han sido dotados de contenido normativo; el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales también implica erradicar problemáticas históricas de discriminación hacia ciertos sectores que han sido sistemáticamente marginados, excluidos e inviabilizados en nuestras sociedades, como lo son las personas que viven en situación de pobreza. Recientemente la Corte IDH ha puesto en evidencia esta situación en el caso *de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016), en donde consideró —por primera vez— que las personas que se encuentran en situación de pobreza son personas que requieren una protección especial a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana pues dicho precepto convencional prohíbe discriminar a las personas por la posición económica. Si bien en el caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde la Corte IDH no se pronunció sobre los DESCAs de manera directa, lo cierto es que resulta innegable que en el derecho internacional de los derechos humanos actual existe una fuerte vinculación entre la ausencia de servicios sociales básicos —como tener acceso a fuentes de alimentos nutritivos, sistemas adecuados de atención de la salud, acceso a la educación, entre otros— con los altos índices de pobreza; y cómo la falta de oportunidades genera, en muchos casos, situaciones de pobreza estructural como una forma de discriminación estructural histórica en vastos sectores de la población en los países que conforman el Sistema In-

teramericano. El Tribunal Interamericano no puede quedar al margen del debate contemporáneo sobre los derechos sociales fundamentales —que tienen un largo camino andado en la historia de los derechos humanos—, y que son motivo de continua transformación para su plena realización y efectividad en las democracias constitucionales de nuestros días. Es mi convicción que si ha de participar en este debate, debe hacerlo —por las razones expuestas— promoviendo la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Ante este escenario de dinamismo en la materia en el ámbito nacional y el Sistema Universal, es previsible que la Comisión Interamericana o las presuntas víctimas o sus representantes invoquen en el futuro con mayor intensidad eventuales vulneraciones a las garantías de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 del propio Pacto de San José. Especialmente, las presuntas víctimas pueden invocar dichas vulneraciones por sus nuevas facultades en el acceso directo que ahora tienen ante la Corte IDH, a partir del nuevo Reglamento de este órgano jurisdiccional, vigente desde 2010. En definitiva, se trata de reconocer lo que *de facto* realiza el Tribunal Interamericano y las altas jurisdicciones nacionales de los países de la región, teniendo en cuenta el *corpus juris* en derechos sociales nacional, interamericano y universal; lo que además constituiría una mayor y efectiva protección de los derechos sociales fundamentales, al reconocerse obligaciones más claras hacia los Estados Parte. Todo ello va en sintonía con los tiempos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distinción o categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad, permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables. Como lo hemos expresado en otras oportunidades, no es la intención introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano, sino simplemente pretendo llamar a la reflexión sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. La posibilidad está latente y el debate abierto para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009. Lo cierto es que, en este nuevo contexto jurisprudencial y normativo del Sistema Interamericano, la Corte Interamericana tiene la posibilidad de materializar el contenido de derechos que por mucho tiempo fueron concebidos como de “segunda generación”. Esto abonaría en el reconocimiento de derechos de muchas personas en situación de vulnerabilidad —como niñas y niños, mujeres, pueblos indígenas y afrodescendientes, personas con discapacidad, personas adultas mayores, migrantes, personas privadas de la libertad, personas de la comunidad LGBTI, defensoras y defensores de derechos humanos— que en muchas ocasiones por obstáculos, meramente doctrinales o ideológicos, ven impedida la realización plena de sus derechos. En conclusión, a casi cuatro décadas de la entrada en vigor de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos resulta legítimo —y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional— otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus juris* interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales, sin jerarquía ni categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.

Para concluir este breve análisis, en el siguiente cuadro haré referencia a las decisiones de la Corte en las que se ha determinado la exigibilidad de los DESCAs en años recientes:

Cuadro 1.
 La justiciabilidad de los DESCAs
 en la jurisprudencia interamericana

Núm.	Año	Caso/Opinión consultiva	Derecho protegido
1	2015	<i>Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador</i>	Salud y educación
2	2016	<i>Chinchilla Sandoval vs. Guatemala</i>	Salud
3	2017	<i>Lagos del Campo vs. Perú</i>	Estabilidad laboral y libertad de asociación
4	2017	<i>Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú</i>	Trabajo
5	2017	OC-23/2017. Medioambiente y derechos humanos	Medioambiente sano
6	2018	<i>San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela</i>	Trabajo
7	2018	<i>Poblete Vilches y otros vs. Chile</i>	Salud
8	2018	<i>Cuscul Pivaral vs. Guatemala</i>	Salud
9	2019	<i>Muelle Flores vs. Perú</i>	Seguridad social
10	2019	<i>Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú</i>	Seguridad social
11	2019	<i>Hernández vs. Argentina</i>	Salud
12	2020	<i>Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina</i>	Vida cultural, identidad cultural, medioambiente sano, alimentación adecuada y agua
13	2020	<i>Spoltore vs. Argentina</i>	Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias
14	2020	<i>Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil</i>	Seguridad, salud e higiene en el trabajo
15	2020	<i>Casa Nina vs. Perú</i>	Trabajo

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

458. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD)

Aunque la noción de progresividad se ha vinculado exclusivamente a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), esta es inherente a todos los derechos humanos y a los instrumentos que los contienen, en cuanto incluyen con frecuencia disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos consagrados. Así, los principios formulados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) fueron elaborados y ampliados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966, y en las restantes normas convencionales de derechos humanos.

En este sentido, la DUDH constituye el paso inaugural para el desarrollo progresivo de los derechos humanos y, por tanto, en virtud del principio de progresividad, sus previsiones tienen un carácter positivo, en el sentido de que representan el primero de muchos pasos en la protección internacional de tales derechos. Asimismo, en virtud de la prohibición de regresividad, sus presupuestos tienen un carácter negativo, dado que los Estados no pueden dar un paso atrás en relación con el estándar de protección consagrado en ella.

Según el sentido corriente del término “progresivamente”, las naciones tienen la obligación de avanzar continuamente hacia la plena efectividad de los DESC, lo que implica, en palabras de Víctor Abramovich y Christian Courtis, una cierta gradualidad en la satisfacción plena de tales derechos, y una cierta idea de progreso que obliga a los Estados a mejorar las condiciones de su ejercicio. De acuerdo con Magdalena Sepúlveda, el deber de avanzar supone la obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos, así como la obligación de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas; por tanto, el incumplimiento de cualquiera de ellas podría constituir una violación de las disposiciones del PIDESC.

La noción de progresividad puede comprenderse desde dos sentidos complementarios: la satisfacción plena de los DESC implica una cierta gradualidad que exige de las autoridades estatales moverse de la más forma más rápida y efectiva posible hacia la meta y mejorar las condiciones de su goce y ejercicio, es decir, bajo el criterio del progreso. En consecuencia, además de la obligación de avanzar hacia adelante, los Estados no deben adoptar medidas que representen un retroceso para la vigencia de los derechos. Tienen la obligación positiva de mejorar continuamente el goce de los DESC y la obligación negativa de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas que reduzcan los niveles de protección de los derechos vigentes o supriman los ya existentes. En consecuencia, una violación de las obligaciones derivadas de la noción de progresividad se da cuando omiten tomar las medidas requeridas para ir avanzando en el disfrute de los DESC o permanecen pasivos ante el deterioro del nivel de su disfrute, o cuando actúan tomando medidas deliberadamente regresivas.

Para avanzar en la realización progresiva de un derecho se requiere no solo que los Estados tomen medidas positivas *de facto* y *de jure*, sino que además no permanezcan pasivos frente a un deterioro en el nivel de disfrute de los DESC, dado que su violación “puede producirse por la acción directa, la inacción u omisión de los Estados Partes o de sus instituciones u organismos

en los planos nacional y local”, y por la pasividad frente violaciones perpetradas por poderes privados. Esta obligación a no permanecer pasivos ante situaciones que impliquen un deterioro de las condiciones de vida de la población por parte de terceros reviste una gran importancia de cara al proceso de globalización neoliberal, ya que, a medida que avanza, aparecen con fuerza ciertos actores privados con capacidad para intervenir en la orientación de las políticas públicas de las naciones, sobre todo las relacionadas con la privatización de los servicios públicos y la explotación de los bienes naturales, haciendo que sus actividades tengan un impacto directo o indirecto sobre los derechos humanos.

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los DESC generalmente no podrá lograrse en un corto periodo de tiempo, lo cual no significa que la obligación estatal carezca de todo contenido significativo, sino simplemente que es necesario una cierta flexibilidad “que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”.

La progresividad impone una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible “a través de medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto”, y evitar cualquier providencia deliberadamente retroactiva.

La obligación de implementación progresiva contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial o cuasijudicial en caso de incumplimiento. Por ello es que cuando un Estado se obliga a mejorar la situación de los DESC, tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o de suprimir los ya existentes. En este sentido, la prohibición de regresividad constituye uno de los parámetros de juicio de las medidas estatales adoptadas que puede ser directamente exigible y aplicable por los tribunales de justicia.

Por tanto, según Courtis, el control judicial de la prohibición de regresividad puede ser efectivo: *a)* en el campo de los resultados de una política pública (regresividad de resultados), en virtud del cual una política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados desmejoren en comparación con los resultados de un punto de partida anterior que ha sido escogido como parámetro, y *b)* en el campo de las normas jurídicas (regresividad normativa), si al comparar una nueva norma adoptada por los poderes públicos se concluye que la misma es regresiva en relación con la norma derogada por ella, si suprime, limita o restringe derechos anteriormente existentes.

De acuerdo con el Comité DESC, en ciertos casos la prohibición de regresividad no es absoluta; no obstante, cualquier medida deliberadamente regresiva requiere “la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”. En reiteradas ocasiones, dicho Comité ha dejado claro que las medidas regresivas violan *prima facie* las disposiciones del PIDESC y, en algunos casos, la prohibición de regresividad es absoluta cuando la medida tomada afecte la satisfacción de los niveles esenciales del derecho en cuestión.

Bajo estos parámetros, para el Comité DESC, una medida regresiva solo se justifica si se demuestra que se han considerado cuidadosamente todas las medidas alternativas y que existen razones de peso para preferirla, y que la medida debe “justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

Por tanto, un Estado solo puede justificar la adopción de una medida regresiva si demuestra que la misma, a pesar de implicar retrocesos en algún derecho concreto, conlleva un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos y que ha utilizado hasta el máximo de los recursos disponibles, pero que aun así necesita tomar dicha medida para proteger los demás derechos.

Joquín A. Mejía Rivera

459. DERECHOS FUNDAMENTALES (FUERZA EXPANSIVA)

Las Constituciones de la segunda mitad del siglo XXI (las que se han llamado Constituciones del neoconstitucionalismo), se caracterizan por ser textos considerablemente más amplios que las que se habían expedido con anterioridad a ese tiempo, y además, están plagadas de normas redactadas en forma de principios, lo que significa que tienen un alto grado de generalidad y vaguedad.

Como se sabe, la aplicación de los principios debe llevarse a cabo en la mayor medida posible (por eso Robert Alexy define a los principios como “mandatos de optimización”), considerando las posibilidades fácticas y jurídicas. Estas últimas, las posibilidades jurídicas, están determinadas por la presencia en el ordenamiento constitucional de principios opuestos, que van configurando y limitando el alcance de cada derecho fundamental.

Al respecto, Robert Alexy señala que los principios “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones acerca de lo fáctica y jurídicamente posible”.

Esta visión de los principios nos permite afirmar que tienen una “lógica expansiva”, dado que se deben aplicar en la mayor medida posible. Un altísimo porcentaje de las normas que regulan derechos fundamentales son precisamente principios, lo que explica y justifica la llamada “fuerza expansiva” de los derechos, la cual vendría determinada en virtud de su peculiar estructura normativa.

Por otra parte, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales deviene también de las técnicas de interpretación que les son propias y que explican lo que algunos autores como Riccardo Guastini han llamado la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”.

De acuerdo con Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente in-

vasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”. Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.

Una de las características de la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico es la “sobreinterpretación” de la Constitución. Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general) no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. A través de este tipo de interpretación se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico. “Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de —o sea, “libres” del— derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizá aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional”.

La influencia del derecho constitucional se extiende, desde esta perspectiva, tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y sus relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales, entre los cuales destacan —por la magnitud de su impacto sobre el derecho privado— las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales.

Como apunta Konrad Hesse, “los derechos fundamentales influyen en todo el derecho... no solo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales”.

Una de las técnicas mediante las que se plasma en la realidad dicha sobreinterpretación es la llamada “interpretación conforme”, prevista expresamente en el párrafo segundo del art. 1o. de nuestra Constitución mexicana, a partir de la reforma del 10 de junio de 2011. La interpretación conforme implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna, sino también por los propios tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.

Un ejemplo parecido a la regulación que contiene nuestro texto constitucional se encuentra en el art. 10.2 de la Constitución española, que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En consecuencia con lo que llevamos dicho, se puede afirmar que la fuerza expansiva de los derechos fundamentales deviene de su peculiar estructura normativa (dado que son normas redactadas en forma de principios) y de las técnicas de interpretación que caracterizan al llamado neoconstitucionalismo, entre las que cabe destacar la “interpretación conforme”. A partir de dicha fuerza expansiva, el conjunto del sistema jurídico debe ser leído e interpretado desde la óptica de los derechos fundamentales, los cuales condicionan tanto la validez como los sentidos hermenéuticos posibles de todas las normas jurídicas que forman parte del ordenamiento.

Miguel Carbonell

460. DERECHOS FUNDAMENTALES (LÍMITES)

Los derechos fundamentales son una especie de derechos subjetivos. Si bien todos los derechos fundamentales son derechos subjetivos, no todos los derechos subjetivos son ni deben ser considerados derechos fundamentales. También es preciso señalar que, por regla general, ningún derecho fundamental puede asumirse como absoluto (salvo casos excepcionales, como los derechos a no ser torturado, esclavizado o discriminado).

Ignorar la diferencia entre derechos fundamentales y subjetivos sería tanto como desconocer (incluso negar), precisamente, el carácter “fundamental” de ciertos derechos subjetivos que, al entrar en colisión con otros, carecerían del mecanismo de ponderación por virtud del cual se alcanzaría la prevalencia de los primeros sobre los segundos. Dicho de otro modo, de actualizarse un supuesto de colisión entre derechos fundamentales con otros derechos subjetivos, serán los primeros los que deban prevalecer.

Ahora bien, el límite a los derechos fundamentales es, precisamente, la existencia y ámbito de aplicabilidad de otros derechos fundamentales, es decir, la frontera hasta donde puede extenderse el ejercicio de uno sin que ello signifique la afectación de otro. En el mismo sentido, los derechos absolutos habrán de constituirse, por antonomasia, en límites absolutos bajo el imperativo categórico de que tales derechos son imponderables. En otras palabras, no son susceptibles de someterse al análisis común de ponderación.

Hay que precisar, además, que los derechos fundamentales disponen de recursos específicos o extraordinarios para garantizarlos —como ocurre en México con el amparo o el recurso de queja constitucional en Alemania—, de forma distinta a lo que acontece con los derechos subjetivos en general, que disponen de vías ordinarias de impugnación.

Por su parte, las restricciones surgen por el establecimiento de una posición jurídica (hipótesis normativa) por virtud de la cual una persona, determinada o determinable, es excluida de manera definitiva del ejercicio de un derecho.

Por lo que respecta a los tipos de límites a derechos fundamentales, pueden reconocerse al menos dos: internos y externos. Los primeros se refieren al contenido, significado y alcance ínsito de cada derecho en particular, es decir, el objeto, fin o propósito para el que fue concebido; dicho de otro modo, el límite original o primario es el que surge de la autodeterminación del bien o la libertad que se tutela por cada derecho fundamental. En ese sentido, cualquier expectativa o hipótesis no contemplada en el supuesto normativo se encontraría desprovista de reconocimiento y protección.

Los segundos son los que surgen a partir de la interrelación de un derecho fundamental con el resto de los derechos fundamentales, esto es, su encuentro con otros derechos fundamentales que ameritan la misma tutela efectiva, máxime si ese encuentro se trata en realidad de una colisión. Es justo en este apartado donde emerge la necesidad de aplicar el llamado test de proporcionalidad, método jurídico específico para analizar el conflicto entre el derecho y sus propios límites, para lo cual habrán de verificarse cuatro condiciones: *i*) existencia de un fin constitucionalmente válido; *ii*) que la medida sea idónea para alcanzar aquel fin; *iii*) que no exista otra medida igual de efectiva con menor grado de lesividad (principio de necesidad), y *iv*) prevalencia del beneficio sobre el costo (principio de proporcionalidad *stricto sensu*), es decir que el grado de concreción del fin perseguido sea superior al nivel de afectación producido (derecho limitado).

Ahora bien, partiendo de la icónica contradicción de tesis 293/2011 por cuyo conducto la Suprema Corte de Justicia de la Nación apuntaba que “[...] cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material [...]” es que surge un criterio generalizado y, concomitantemente, emergen no pocas dudas respecto de la corrección del mismo en cuanto significó una auténtica prevalencia normativa de la carta fundamental sobre cualesquiera otros derechos fundamentales reconocidos (ubicados) en otra norma (convencional o de derecho interno). Al respecto, más adelante, la Segunda Sala construyó un criterio (163/2017) mucho más plausible, según el cual “[...] las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional [...] sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional [...] también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional”. Tal criterio reivindica la aplicación del principio *pro persona*, comprometiendo así al operador jurídico a aplicar la norma en cuestión previa interpretación armónica e integral, generando esta tesis un límite (mandato) a la facultad limitativa de la autoridad. Entonces, si ha de aplicarse un límite a un derecho fundamental, este deberá estar precedido por un auténtico ejercicio interpretativo que privilegie las condiciones de efectividad más favorables para el derecho fundamental escrutado.

Por otro lado, una restricción a los derechos fundamentales, pero de corte más pragmático y completamente extraordinario, es el denominado estado de excepción, contenido en artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según el cual el goce de los derechos y garantías puede restringirse o suspenderse en casos de emergencia (invasión, perturbación grave de la paz pública o circunstancias análogas de grave peligro para la sociedad). El estado de excepción o suspensión de garantías no es sino una respuesta del Estado ante circunstancias solamente afrontables bajo la lógica del sacrificio o la puesta en peligro de determinados bienes jurídicos como único medio para salvaguardar otros de mayor valía.

Nashieli Ramírez Hernández

461. DERECHOS FUNDAMENTALES (TUTELA MULTINIVEL)

En la actualidad, la protección jurisdiccional de los derechos no es competencia exclusiva de los Estados. La finalización de la Segunda Guerra Mundial condujo a una reacción de la comunidad internacional por instaurar mecanismos de protección de carácter universal y regional que tuvieran un carácter complementario a la jurisdicción nacional, en donde cada Estado —de forma paulatina— promulgó una Constitución con un catálogo de derechos fundamentales y órganos de justicia constitucional para garantizar su supremacía, surgiendo los primeros ordenamientos en el continente europeo —en Italia y Alemania—. A ello se añade la protección que han recibido los derechos fundamentales en el ámbito supranacional por el derecho comunitario. Lo anterior presupone que los Estados fueron transfiriendo gradualmente competencias —que anteriormente les eran exclusivas— a instancias universales, convencionales y supranacionales, lo que conlleva un replanteamiento del concepto de soberanía que impera actualmente.

En particular, la expresión “tutela multinivel de los derechos fundamentales” presupone dos ideas torales. La primera es que existe el derecho constitucional solo donde se tutelan los derechos y las libertades fundamentales, o bien, que los derechos fundamentales se convierten en tales (es decir, derechos en sentido jurídico) en virtud de la disciplina constitucional. La segunda es que el reto de los ordenamientos pluralistas contemporáneos reside en asegurar la garantía jurisdiccional —y, por tanto, la efectividad— de los derechos constitucionales. En este sentido, desde la década de los setenta Bobbio afirmó que el verdadero problema de un ordenamiento jurídico no es fundamentar los derechos constitucionales, sino protegerlos (1999).

En el ámbito nacional, encontramos un catálogo de derechos fundamentales en la Constitución que cada ordenamiento jurídico ha emitido. En el orden internacional existen auténticos catálogos de derechos en instrumentos *soft law*, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), y con mayor grado de coercitividad en convenciones y tratados internacionales *hard law*, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), entre otros muchos instrumentos de carácter universal emitidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En los sistemas regionales de protección encontramos el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales (1950), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y posteriormente la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Además, en el ámbito supranacional encontramos que la Unión Europea emitió la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), denominada comúnmente Carta de Niza, la cual, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, adquirió un carácter vinculante, por lo que debe ser respetada por todos los Estados miembros y por las propias instituciones comunitarias.

Ello presupone la existencia de una multiplicidad de cartas constitucionales —en sentido material—, así como de mecanismos jurisdiccionales para garantizar su protección y efectividad, lo cual es la base esencial del Estado constitucional de derecho. Así, en el “ámbito nacional”, la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución corresponde a las cortes tribunales, salas

constitucionales o a las cortes supremas. A “nivel convencional” existen sistemas regionales de protección —europeo, interamericano y africano— dotados de sus respectivos órganos jurisdiccionales.

En el continente americano existe el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, conformado por dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última, denominada comúnmente la “Corte de San José”, lleva a cabo la función jurisdiccional “contenciosa y consultiva”, y en sus más 35 años de haber entrado en funciones ha creado una vasta jurisprudencia en la que ha reprochado la práctica sistemática de las desapariciones forzadas en muchos ordenamientos de la región y la inconventionalidad de las leyes de amnistía, y ha desarrollado ampliamente la protección judicial y las garantías del debido proceso, los derechos políticos, la protección de las comunidades indígenas y grupo vulnerables, las libertades de expresión e información, las condiciones mínimas de los centros penitenciarios, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y los derechos de los niños, etcétera.

En el “ámbito supranacional” podemos referir la existencia de ordenamientos comunitarios a los que los Estados han transferido competencias, por ejemplo, la Unión Europea, el MERCOSUR, la Comunidad Andina, CARICOM y el SICA en Centroamérica. En la experiencia europea ha sido de particular interés la actuación de la Corte de Justicia de la Unión Europea —órgano jurisdiccional—, quien en reiteradas sentencias emitidas desde los años setenta (*Stauder, Internationale Handelsgesellschaft* y *Hauer*) reconoció la protección de los derechos fundamentales como un principio de derecho comunitario a través de la referencia a las tradiciones constitucionales comunes, es decir, de una serie de reglas constitucionales presentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea —antigua comunidad europea—. Posteriormente, ese reconocimiento jurisprudencial fue incorporado a nivel normativo en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992) y en el artículo 8.1 del Tratado de Ámsterdam (1997), hasta que fue promulgada la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual contempla un amplio catálogo de derechos fundamentales.

En la actual *età dei diritti*, Constitución, derecho internacional de los derechos humanos y derecho comunitario son parte de un sistema que se relaciona e interactúa entre sí, motivo por el cual, en la protección de derechos fundamentales existe una tutela o protección multinivel, en donde los Estados son los principales garantes pero no los únicos, pues existen ámbitos de protección que tienen un carácter subsidiario, complementario y coadyuvante. Ello plantea un tema no fácil de análisis, en particular respecto a la relación entre la jurisdicción nacional —incluidas las jurisdicciones constitucionales— y las cortes regionales de protección de los derechos humanos: ¿quién tiene la última palabra en esa protección?

La experiencia convencional europea y, más recientemente, la interamericana en materia de derechos humanos evidencia cómo en esa relación entre jurisdicciones existen interacciones, influencias recíprocas que muestran un “diálogo entre cortes o *judicial dialogue*” en constante perfeccionamiento, que se incentiva con la utilización del derecho comparado y la citación —expresa o implícita— en las sentencias de jurisprudencia constitucional o convencional e instrumentos jurídicos, como el control de convencionalidad, la

interpretación conforme y el margen de apreciación nacional —en particular en la experiencia europea—, pero también conflictos y desacuerdos, que son características más de ese constitucionalismo multinivel, el cual tiene como finalidad la creación de un *ius commune* latinoamericano, tal y como lo ha caracterizado el constitucionalista Ferrer Mac-Gregor —juez de la Corte Interamericana—, conformado por estándares mínimos de protección de la persona humana que puedan ser ampliados indistintamente por las jurisdicciones constitucionales, convencionales o comunitarias en atención al principio *pro homine* o de la mayor tutela expansiva.

Haideer Miranda Bonilla

462. DERECHOS FUNDAMENTALES (TITULARIDAD)

Los derechos fundamentales tienen como principal cometido proteger los bienes más esenciales de todo ser humano. Ernesto Garzón Valdés ha llamado los bienes básicos, que son aquellos que nos hacen moralmente autónomos. Es decir, los bienes que nos hacen personas de verdad, y no meramente seres que nacen, respiran, se reproducen (o no) y mueren.

Es precisamente por ello, dado que la humanidad comparte en lo más esencial las mismas necesidades, que podemos decir que los sujetos de los derechos humanos son todas las personas, en correspondencia con su característica de proteger los bienes más básicos y esenciales de cualquier ser humano.

Esa regla general es reconocida además por la mayor parte de los tratados internacionales en la materia y por muchos textos constitucionales. En el caso de México cabe recordar que el art. 1o. de la Constitución establece desde su primer párrafo que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. De esa manera, podemos afirmar que el sujeto de los derechos es el más amplio posible: toda persona.

En la categoría de personas se incluye tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas o morales. En el caso de las personas jurídicas, la titularidad de derechos estará restringida a aquellos que no requieran —dado su contenido normativo de un ejercicio— personalísimo; por tanto, las personas jurídicas serán titulares de aquellos derechos que sean compatibles con su propia naturaleza. En otras palabras, las personas jurídicas serán titulares de aquellos derechos de acuerdo con su naturaleza, es decir, lo serán de aquellos que por su objeto no sean propios y exclusivos de las personas físicas.

Así por ejemplo, las personas jurídicas podrán ser titulares del derecho a la igualdad, de la inviolabilidad del domicilio, de la libertad de asociación (para integrarse en un conjunto de sociedades o agrupaciones, por ejemplo), del derecho a la información, de los derechos en materia tributaria, del derecho a no pagar multas excesivas, de las libertades económicas, del derecho de petición, del derecho a una tutela judicial efectiva, etcétera. Pero no serán titulares del derecho a la reintegración de los presos a la sociedad, del derecho a la protección de la salud, del derecho a la educación, de la protección frente a la pena de muerte, de los derechos de las personas con discapacidad, del derecho de sufragio activo y pasivo, etcétera.

En el derecho comparado abunda la evidencia sobre lo que se acaba de señalar, en el sentido de que las personas jurídicas pueden ser titulares de dere-

chos fundamentales. Así por ejemplo, la Constitución de Alemania establece que “Los derechos fundamentales son extensivos a las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su respectiva naturaleza, les sean aplicables” (art. 19.3). De forma parecida, el art. 12 de la Constitución de Portugal dispone que “Las personas colectivas gozarán de los derechos y estarán sujetas a los deberes que se consignan en la Constitución” (art. 12.2.).

En otros países el tema se ha desarrollado por vía jurisprudencial; es el caso de España, en donde el Tribunal Constitucional ha señalado que “en nuestro ordenamiento constitucional, aunque no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas” (sentencia 23/1989).

En ocasiones este tipo de pronunciamientos constitucionales se han tenido que dictar debido a que la legislación sobre los medios de tutela de la Constitución reconocía legitimidad activa a las personas jurídicas; es decir, le permitía promover por ejemplo juicios de amparo. A partir de esa legitimación, las personas jurídicas fueron explorando las posibilidades que la jurisdicción constitucional estaba dispuesta a reconocerles en términos de su posible titularidad de derechos.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU se ha referido al tema de la titularidad de derechos por parte de personas jurídicas en su observación general núm. 31, relativa a la índole de las obligaciones de los Estados generadas por los derechos humanos.

En ese documento, la Comisión señala que “[l]os beneficiarios de los derechos reconocidos en el Pacto (se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ONU en 1966) son los individuos. Si bien, a excepción del art. 1o., el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o de entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos en el Pacto... pueden ser disfrutados colectivamente. El hecho de que la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones se limite a las presentadas por individuos, o en nombre de estos (art. 1o. del Protocolo Facultativo), no impide que un individuo alegue que una acción u omisión atañe a una persona jurídica o entidad similar equivale a una violación de sus propios derechos” (párrafo 9).

Ahora bien, es cierto que en el constitucionalismo contemporáneo hay algunos derechos humanos cuya titularidad corresponde solamente a quienes sean ciudadanos de un determinado país. En México se requiere la ciudadanía para poder ejercer los llamados “derechos de participación política”, enunciados en el art. 35 de nuestra carta magna (entre esos derechos se encuentra el derecho de votar y de ser votado). En muchos países democráticos se sigue manteniendo el obstáculo de la ciudadanía como requisito para el ejercicio de ciertos derechos, pese a que los fenómenos de la globalización y las migraciones masivas lo hacen cada vez más desaconsejable e injusto.

Por otra parte, cabe señalar que los sujetos de los derechos se han ido especificando, en función de las distintas tareas o roles que desempeñan las personas a lo largo de su vida. Las primeras declaraciones de derechos se referían en general a los derechos de las personas o de los ciudadanos, pero

las constituciones más recientes y los tratados internacionales ya abordan aspectos específicos de la vida de los seres humanos, los cuales las pueden llegar a situar en una situación de vulnerabilidad.

De acuerdo con lo anterior, se habla actualmente ya no solamente de derechos de personas en general, sino de derechos de los trabajadores, campesinos, personas con discapacidad, niños, mujeres, pacientes, migrantes, reclusos, adultos mayores, etcétera.

De forma parecida, se ha producido un fenómeno que podríamos llamar de “especificación” en función del tipo de derechos, los cuales han ido tomando características cada vez más detalladas, en virtud precisamente de las nuevas necesidades que surgen en los Estados constitucionales de derecho. Así es como se habla en muchos textos constitucionales ya no de la igualdad o de la libertad en general, sino en concreto del derecho al medio ambiente, del derecho al agua, del derecho a la alimentación, etcétera.

La enunciación de los derechos se ha ido particularizando con el paso del tiempo, los catálogos constitucionales o convencionales en que tales derechos están plasmados contienen en la actualidad lo que podría denominarse una “microrregulación” de los mismos, como resultado de dicho proceso de especificación de sus contenidos.

También se comienza a hablar de la posibilidad de añadir como nuevos derechos humanos el del acceso a internet (en México ya previsto en el art. 6o. constitucional), los derechos políticos de los migrantes, los derechos de las generaciones futuras, el matrimonio gay, el derecho a una muerte digna, los derechos de los animales no humanos o el derecho a la renta básica. Lo anterior demuestra que el debate sobre los derechos humanos y sus titulares es un debate abierto, en el que siguen existiendo muchas preguntas todavía sin respuesta. Es probable que en el futuro sigamos viendo una ampliación de los catálogos de derechos, en la medida en que van surgiendo fenómenos que ponen en riesgo la dignidad de la persona.

Es algo que debemos alentar, sin hacer caso a quienes se quejan de que hay un proceso de “inflación” de los derechos humanos y de que ya son demasiados los derechos que hoy tienen las personas. Lo cierto es que los derechos humanos —como ya se dijo— protegen los bienes más importantes de toda persona, de modo que si en un momento dado llegan a plasmarse como tales es porque hay poderosas razones que lo justifican. La mejor prueba de ello es que todos los derechos o expectativas que se han ido incorporando a las constituciones y a los tratados internacionales a lo largo del tiempo han llegado para quedarse: ninguno ha sido derogado o removido del ordenamiento jurídico que lo ha previsto como tal.

La de los derechos es una “matriz expansiva”, ya que se van añadiendo nuevos derechos pero nunca se restan derechos o se comprimen las declaraciones en las que están contenidos.

Miguel Carbonell

463. DERECHOS HUMANOS

Alrededor del mundo, los derechos humanos se consideran el fundamento del orden normativo de la sociedad. Este amplio acuerdo no solo se encuentra en la filosofía, sino también en la política y el derecho. Numerosos pactos y declaraciones de derechos humanos pueden interpretarse como expresión de

una marcha triunfante de los derechos humanos en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Su existencia parece ser incuestionable.

No obstante, subsisten dudas acerca de si la creencia en la existencia de los derechos humanos es algo más que una ilusión o un error colectivos. Las críticas más importantes, enfocadas hacia el supuesto de que existen los derechos humanos, no solo se encuentran en regiones oscuras del extremismo político, ideológico y religioso, sino también en escritos filosóficos muy respetables. Un ejemplo es la afirmación de Alasdair MacIntyre según la cual “no existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios”. Esto, conjuntamente con el hecho —a menudo corroborado en la historia de las ideas— de que tal amplio acuerdo no es en absoluto una garantía de verdad, es razón suficiente para plantear la cuestión de la existencia de los derechos humanos, en síntesis, la cuestión de la existencia.

No tiene sentido abordar la existencia de algo sin explicar qué es específicamente aquello que se invoca. Por esta razón, debe elaborarse una definición de “derechos humanos”. Conforme a esta definición, los derechos humanos son derechos: primero, morales; segundo, universales; tercero, fundamentales; y cuarto, abstractos que, quinto, tienen prioridad sobre todas las otras normas pertenecientes al ordenamiento jurídico. Respecto a la cuestión de la existencia de los derechos humanos, el primer elemento definitorio reviste de particular importancia, a saber: los derechos humanos son derechos morales. Los derechos existen si son válidos. Los derechos positivos son válidos si son debidamente promulgados y eficaces socialmente. En contraste con lo anterior, los derechos morales son válidos si y solo si son justificables. Por esta razón, la existencia de derechos humanos, *en cuanto* derechos morales, depende exclusivamente de su justificabilidad.

La cuestión de si los derechos humanos son justificables tiene profundas consecuencias para la filosofía jurídica, la teoría de los derechos constitucionales y la política. En la filosofía jurídica, la respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho? —es decir, la pregunta por el concepto y la naturaleza del derecho— depende esencialmente de si existen los derechos humanos. Si resultara ser el caso de que los derechos humanos no existiesen, entonces el no positivismo no sería una alternativa aceptable al positivismo. Las consecuencias para la teoría de los derechos constitucionales conciernen a la naturaleza básica de los derechos constitucionales. Si los derechos humanos no existieran, los derechos constitucionales no serían más que aquellos plasmados de manera expresa en las constituciones. Tendrían una naturaleza exclusivamente positiva. Si, de todas formas, debiera demostrarse que existen, el panorama cambiaría de forma fundamental. Los derechos constitucionales serían concebidos como intentos de positivizar los derechos humanos. Esto implicaría que los catálogos de derechos constitucionales podrían valorarse como esfuerzos más o menos exitosos de positivizar los derechos humanos y que la naturaleza ideal de los derechos humanos debe seguir estando presente en su interpretación. Finalmente, con respecto a la política, la principal consecuencia se refiere al problema del relativismo cultural. La no existencia de los derechos humanos equivaldría a un argumento sólido en favor del relativismo cultural, mientras que su existencia sería un buen argumento en contra del relativismo cultural. Todo esto muestra que la cuestión de la existencia de los derechos humanos es de una gran importancia, tanto teórica como práctica.

Las teorías acerca de la justificabilidad de los derechos humanos, así como las teorías sobre la justificabilidad de las normas morales en general, pueden clasificarse de formas muy diferentes. La distinción más fundamental es aquella entre los enfoques que, en general, niegan la posibilidad de alguna justificación de los derechos humanos y los enfoques que afirman que es posible encontrar algún tipo de justificación. El primer enfoque podría denominarse “escepticismo” y el segundo “no escepticismo”. El escepticismo tiene sus raíces en algunas formas de emotivismo, decisionismo, subjetivismo, relativismo, naturalismo o deconstructivismo. El no escepticismo podría incluir uno o varios de estos elementos escépticos, pero insiste en la posibilidad de otorgar razones en favor de los derechos humanos, las cuales aseguran tener objetividad, corrección o verdad.

Para defender el no escepticismo, podrían considerarse ocho enfoques de este tipo. Esta lista comprende los enfoques: primero, religiosos; segundo, intuicionistas; tercero, consensuales; cuarto, biológicos; quinto, instrumentales; sexto, culturales; séptimo, explicativos, y octavo, existenciales. Los primeros seis tienen más defectos que fortalezas. Por esta razón, la justificación de los derechos humanos se basa en los enfoques séptimo y octavo, es decir, en los argumentos explicativos y existenciales.

Una justificación de los derechos humanos es explicativa si consiste en explicitar qué está implícito necesariamente en las prácticas humanas. Si la práctica consiste en afirmar, preguntar y argumentar, la justificación adquiere una naturaleza teórico-discursiva. La práctica de afirmar, preguntar y argumentar presupone reglas del discurso que expresan las ideas de libertad (*freedom*) e igualdad. Estas ideas constituyen el fundamento de los derechos humanos. Reconocer a otro individuo como libre e igual implica reconocerlo como autónomo. Reconocerlo como autónomo implica reconocerlo como persona, lo cual, a su vez, implica atribuirle dignidad. Atribuirle dignidad a alguien supone realmente reconocerle sus derechos humanos.

El argumento explicativo proporciona, de hecho, una parte necesaria de la justificación de los derechos humanos, pero en sí misma no es suficiente. Dos problemas se identifican con facilidad. El primero tiene que ver con la necesidad de las reglas del discurso. Es posible eludir esta necesidad al evitar cualquier participación en la práctica de afirmar, preguntar y argumentar. El precio que hay que pagar por esto, sin embargo, sería alto. Nunca afirmar nada, ni hacer alguna pregunta o presentar alguna razón, implicaría abstenerse de participar en aquello que *esencialmente* pertenece a la forma de vida de los seres humanos *en cuanto* criaturas discursivas. El segundo problema deriva de la diferencia entre discurso y acción, por un lado, y entre capacidades e intereses, por el otro. Poseer capacidades discursivas no implica necesariamente tener interés en hacer uso de ellas. Esto podría denominarse el “problema del interés”. Podríamos denominar al interés en hacer uso de las capacidades discursivas exclusivamente en la esfera de la argumentación como “interés débil en la corrección”. En contraste, el interés en utilizar capacidades discursivas no solo en la esfera de la argumentación, sino también en el ámbito de la acción, puede caracterizarse como un “interés fuerte en la corrección”. Este interés entraña tomarse en serio las implicaciones de las capacidades discursivas en la vida real, es decir, tomarse en serio los derechos humanos. De esta forma, el interés en la corrección nos permite arribar al objeto de nuestra justificación.

Podría objetarse que esto no implica en absoluto una justificación. Ha perdido su naturaleza como justificación, tal como plantea la objeción, una vez que se introduce la premisa concerniente al interés. De hecho, esta objeción no carece del todo de mérito. No obstante, la objeción debe cualificarse. Como sucede con cualquier tipo de interés, el interés en la corrección está articulado con la toma de decisiones, las cuales tienen que ver con la cuestión fundamental de si aceptamos nuestras capacidades o posibilidades discursivas. Esta es la cuestión de si deseamos concebirnos a nosotros mismos como criaturas discursivas o razonables. Esta es una decisión acerca de quiénes somos. Podría denominarse “existencial”. Discutir sobre justificación o substantiación parece ser, de todas formas, algo razonado, toda vez que dicha decisión no está fundada en preferencias infundadas o arbitrarias que no provienen, por decirlo así, de ningún lado. La decisión tiene, más bien, la naturaleza de un respaldo a algo que ha sido demostrado, por medio de la explicación, como una capacidad necesariamente conectada con los seres humanos o, en otras palabras, una posibilidad necesaria. En cuanto respaldo de una posibilidad necesaria, el argumento existencial está conectado intrínsecamente con el argumento explicativo. Esta conexión podría denominarse la justificación “explicativo-existencial”.

La justificación explicativo-existencial articula elementos objetivos y subjetivos. La objetividad vinculada con subjetividad es, para estar seguros, menos que objetividad pura, pero es también más que mera subjetividad. Si se añade a lo anterior el supuesto de que no es posible contar con una justificación puramente objetiva de los derechos humanos, se tienen buenas razones para calificar el argumento explicativo-existencial, *en cuanto* argumento objetivo-subjetivo, como una justificación de los derechos humanos. Esta justificación es suficiente para establecer la validez de los derechos humanos como derechos morales, es decir, para establecer la existencia de los derechos humanos.

Robert Alexy

(traducción de Leonardo García Jaramillo)

464. DERECHOS HUMANOS (ASPECTOS BIOÉTICOS)

El desarrollo científico a lo largo del siglo xx experimentó una transformación cualitativa especialmente importante, caracterizada por la posibilidad de aplicación del conocimiento científico de manera mucho más rápida mediante la tecnología, que no es finalmente más que conocimiento aplicado, de ahí incluso que se haya acuñado el término de “desarrollo tecnocientífico”. En los siglos anteriores el desarrollo de la ciencia era más lento, y más aún lo era la posibilidad de aplicación práctica de ese conocimiento con impacto y utilidad para la vida cotidiana de las personas.

La ciencia ha transformado al mundo, las sociedades e incluso a las personas en unos cuantos años. La transformación de nuestro mundo en solo un siglo, el xx, que pasó del transporte con tracción animal a los viajes interplanetarios, del horror y la crueldad de los campos de las guerras mundiales a la llamada “guerra fría”, en que la humanidad vivía pendiente y temerosa del estallido de una conflagración atómica que habría de significar el fin de la humanidad, hasta la internacionalización y universalización de los derechos humanos, que no obstante sus características como producto cultural occidental, hoy tienen un reconocimiento y aceptación generalizados a nivel mundial.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado, la biología y las ciencias de la salud se sumaron al vertiginoso tren de alta velocidad de la producción científica y tecnológica, lo que vino a redimensionar la relación de los individuos con la vida en general y con la vida humana en particular, especialmente a partir del descubrimiento en 1953 por Watson y Crick de la estructura de la doble hélice de la molécula del ADN, que abrió las puertas a un replanteamiento del conocimiento biológico y sobre la vida humana misma, así como a la promesa de grandes desarrollos en el área médica y de la atención de la salud.

El desarrollo de las ciencias y la tecnología, en especial en el campo de las ciencias médicas y biológicas, que han propiciado cada vez mayor impacto de la actividad humana en el medio ambiente y su degradación, fueron el detonante de las preocupaciones del bioquímico, profesor e investigador de oncología de la Escuela de Medicina de la Universidad de Wisconsin, Van Rensselaer Potter, que en 1970, apartándose de su campo de investigación, publicó un artículo titulado “Bioética, la ciencia de la supervivencia”, y al año siguiente su famoso libro *Bioética, puente hacia el futuro*, con lo que dio origen a una nueva disciplina, que hoy tiene un amplísimo impacto y desarrollo en todo el mundo.

La bioética surgió desde su inicio como un campo de trabajo interdisciplinario, que busca aprovechar el conocimiento de las ciencias físicas, biológicas, sociales y humanísticas, para que en un esfuerzo de trabajo y reflexión conjuntos se puedan alcanzar consensos éticos sobre los nuevos problemas relacionados con la vida que nos plantean los desarrollos científicos y tecnológicos, que nos enfrentan a realidades cualitativamente diferentes a las que ya conocíamos.

El derecho se ubica entre las ciencias o disciplinas morales, en tanto pretende orientar la conducta humana de acuerdo con valores, primando por supuesto la realización de la justicia en las relaciones sociales. Aunque el derecho no se confunde con la moral, pues tiene una identidad propia, puede afirmarse de forma general que el derecho en su conjunto sirve a la ética, en tanto que mediante el derecho se institucionalizan en la sociedad los valores identificados como los más importantes para la convivencia, y en ese contexto los derechos humanos son el desarrollo ético más acabado, incluso puede afirmarse que hoy día constituyen el núcleo ético del derecho.

El derecho recoge de la sociedad los valores que esta ha asumiendo como propios y los transforma en bienes y valores jurídicos que desarrolla y con los que dota de contenido a las normas jurídicas. Por eso el derecho no es ni puede ser arbitrario, todo el sistema jurídico está dotado (o debiera estarlo) de un contenido ético que le da sentido y fuerza a la obligatoriedad de las normas jurídicas, al grado de que es en razón de esos valores que podemos hablar de la existencia de una obligación moral de obedecer el derecho.

Al ser los derechos humanos, como lo hemos dicho arriba, el núcleo ético del derecho y su regla moral, en un sentido práctico, además de la expresión jurídica de la dignidad humana, son de manera natural el punto de contacto entre el derecho y la bioética, pues los derechos humanos habrán de reflejar y recoger los consensos que se alcancen en la reflexión ética sobre estas nuevas situaciones. Más aún, los derechos humanos mismos deben ser considerados como una parte de la bioética, en cuanto son expresión de los principios éticos desarrollados dentro del propio derecho como sistema ético normativo. Así el derecho es parte de la bioética misma en tanto disciplina inter y multidiscipli-

na, única forma capaz de abordar la riqueza y multidimensionalidad de las realidades que estudia.

Por otra parte, el vínculo entre la bioética y los derechos humanos es permanente y estrecho, pues todos los temas y dilemas que aborda hacen referencia a derechos humanos expresamente reconocidos hoy día, e incluso recogidos en multitud de documentos tanto de carácter nacional como internacional, algunos incluso expresamente referidos y producidos a raíz del debate bioético. En ese contexto es importante la integración de los derechos humanos en la reflexión bioética, de manera que le sirvan de marco y guía, pues como hemos señalado arriba los derechos humanos están orientados precisamente a la protección de la dignidad humana, constituyen un paradigma ético para los estados y las sociedades contemporáneas, como un logro ético de la historia de la humanidad y gozan de aceptación y reconocimiento generalizados.

De la misma manera, la función de teoría moral que cumplen los derechos humanos, desborda el campo estrictamente jurídico e incide en el ámbito de las ciencias sociales y morales, por lo que necesariamente la bioética debe incluirlos en la reflexión ética que realiza. Los derechos humanos son así parte ineludible de la bioética, pero además los derechos humanos y el derecho en general sirven a la bioética como el medio para institucionalizar los consensos y desarrollos sobre los temas que aborda, como lo acreditan las declaraciones universales sobre Genética Humana y Derechos Humanos y sobre Bioética y Derechos Humanos, elaboradas por la Comisión de Bioética de la UNESCO y finalmente adoptada por su Asamblea General, así como el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, y la multitud de resoluciones y recomendaciones sobre temas específicos formuladas por el Comité de ministros del propio Consejo y el Parlamento Europeo, que surgieron inicialmente de instancia de reflexión bioética y terminaron por concretarse en documentos jurídicos y en nuevos derechos humanos, o al menos en nuevas expresiones de los ya existentes

Desde el campo de los derechos humanos nos queda por delante una enorme tarea, que es la identificación de la normatividad que se está viendo desbordada o superada por las nuevas situaciones y realidades que generan los desarrollos científicos y tecnológicos, poniendo en riesgo la dignidad y derechos de las personas, y no nos referimos aquí solo al campo del derecho sanitario o de la salud, sino a todas las otras áreas del derecho que no han recogido las nuevas realidades en las materias que regulan, como es el caso del derecho medioambiental, la regulación de la producción agropecuaria, la propiedad intelectual, e incluso, el derecho de familia.

Victor M. Martínez Bullé Goyri

465. DERECHOS HUMANOS (FUNDAMENTO FILOSÓFICO)

Tomando como punto de partida el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), que establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, encontramos cuatro valores centrales: libertad, igualdad, dignidad y fraternidad.

En cuanto a *la libertad*, recordamos la fórmula del Contrato Social que nos ofreció Rousseau: “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja

con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, cada uno uniéndose a los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes”. Esta fórmula posee en su seno el espíritu mismo de las sociedades modernas, la conservación de la voluntad y libertad humanas para la decisión y funcionamiento de estas sociedades. La libertad, así entendida, presupone un acto éticamente humano, esto es, decidido racionalmente y ejecutado voluntariamente en un ambiente aséptico, sin elementos externos que lo vicien. De ahí la afirmación de Rousseau de “permanecer tan libres como antes”, porque las decisiones tomadas socialmente vinculantes en el contrato forman una decisión éticamente humana.

La dignidad, por su parte, es un valor intrínseco a la persona humana y, en ese sentido, inalienable, lo que la hace diferente a otras características sociales como el mérito, que sí puede ser perdido. De alguna forma, está en el centro de la discusión sobre el reconocimiento de los derechos humanos a determinadas personas o grupos cuando, por ejemplo, se ha afirmado que por sus actos atroces —algunos grupos o individuos, como los terroristas— no deberían gozar de estos derechos; sin embargo, a lo que se alude en tales afirmaciones es al mérito de su reconocimiento —sin conceder que sea acertado hacer dichas declaraciones—, pero no a la expropiación de su dignidad.

La igualdad, si la observamos desde el texto transcrito de la Declaración, se refiere a la garantía de esta ante la dignidad y derechos. Esto puede, a su vez, ser desdoblado en cuatro acciones: 1) asegurarse de que todos son iguales ante la ley; 2) igual protección de la ley, esto es, que no debe ser discriminatoria; 3) obligación legal de protección ante la discriminación, especialmente frente a actores particulares, y 4) igual y efectiva protección contra la discriminación, que significa combatir la discriminación estructural.

La fraternidad es un elemento que implica una responsabilidad básica —diríamos en términos kantianos— de tratar a los demás como fines, no como medios, y verlos insertos en una dinámica social que importa a todos los seres humanos, fundada en la conciencia clara de reciprocidad. Fue un valor introducido en la DUDH por parte de la delegación China, y pretendía resumir la tradición del confucianismo de la “regla de oro” o el “ren”, esto es, la conciencia de que existen otros hombres y su respeto, o como se diría en las Analectas “lo que no quiero que los demás me hagan a mí, tampoco se los hago a ellos”.

Ahora bien, en el centro de las discusiones de las razones existenciales de los derechos humanos encontramos lo relativo a su origen y su función, enmarcado en clave de su apropiación: ¿todos los seres humanos los poseen?

En cuanto a su origen, esta discusión cuestiona: ¿existen derechos humanos naturales? En relación con su función: ¿qué constituye un derecho humano?

La pregunta sobre si existen los derechos humanos naturales, la gran pregunta de H.L.A. Hart en 1955 y que propone la respuesta de su génesis europea moderna, tiene por respuesta que son constructos sociales, en tal sentido invenciones de los grandes intelectuales de la Ilustración: Locke, Hobbes, Rousseau, Kant, Hume; sin embargo existen escuelas que afirman que esto no es así. Una primera identifica la existencia de este tipo de derechos en textos históricos previos a la Ilustración, otras identifican una base objetiva, lógica y concreta para su existencia.

Respecto a estas últimas, una primera línea de argumentación se desarrolla sobre la lógica de las condiciones necesarias para asegurar un umbral mínimo de bienestar para la gente en una sociedad, en donde encontramos a teóricos como Joseph Raz y James Griffin.

Una segunda vertiente, a su vez dividida, primeramente busca promover la libertad individual y oportunidades, vía políticas públicas para que las personas busquen su propio bienestar, como el caso de Martha Nussbaum y Amartya Sen. En segundo lugar, busca descubrir los orígenes de la capacidad de la acción humana en sí misma, encontrar las características que la permiten; en ese sentido, bienes particulares son necesarios para lograrlo, línea que siguen, por ejemplo, Michael Boylan y Alan Gewirth.

Pasando a la discusión sobre la función de los derechos humanos y su pregunta: ¿qué constituye un derecho humano?, un elemento protagónico que sin duda salta a la vista es el de su universalidad y la crítica moral de la obligación de su satisfacción. Los derechos humanos, al ser universales, pertenecen a todos los hombres por razón de su humanidad y, en tal sentido, la obligación de satisfacerlos es parte de su naturaleza.

Sin embargo, al analizar esta dimensión de la universalidad, su obligación y garantía llevan a conclusiones que pueden poner en tensión su veracidad. Mucha discusión ha habido en relación con ella. Veamos algunas de esas tensiones. Tomemos los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, por ejemplo, el derecho a la alimentación o a la vivienda. Queda claro que la no intervención —como el caso de las obligaciones estatales más básicas en relación con los llamados derechos civiles y políticos— para la satisfacción de tales derechos es indudable, pero al pasar a las obligaciones positivas, las de hacer, ¿cuáles son estas y quién debe satisfacerlas?

De igual manera, la universalidad ha sido puesta en entredicho con las teorías críticas poscoloniales, feministas, no occidentales, de las que se dice que cada una de las realidades que las generan son constructos de una cosmovisión social basada en una forma determinada de ver el mundo y la vida —moderna europeizante— y, en tal sentido, la universalidad de los derechos humanos informa esos constructos y los introduce en el discurso occidental-europeizante, provocando que lo universal constriña, sea uni-versal, y no —como proclamaba Ortega y Gasset— logre el salto cualitativo a lo multi-versal.

Victor Manuel Collí Ek

466. DERECHOS HUMANOS (PRINCIPIO DE INTERDEPENDENCIA)

La interdependencia es una de las características que se derivan de la concepción de los derechos humanos, e implica que los mismos están interrelacionados y que la exigibilidad de los bienes que protegen no depende, al menos en un grado absoluto, del reconocimiento formal de cada uno. Todos los derechos humanos se encuentran vinculados entre sí, de tal forma que la satisfacción u observancia de uno de ellos, así como su transgresión, impacta en goce de los demás.

Los derechos humanos protegen bienes (la vida, la libertad de pensamiento, la educación) que se consideran importantes, al entenderse que son la expresión de determinados principios que reflejan valores que se asumen relevantes, tales como la libertad, la igualdad, la solidaridad o la seguridad.

Ahora bien, estos valores se plasman o tutelan mediante diversos derechos, lo que genera que pueda haber, en un determinado ordenamiento jurídico, derechos implícitos en otros derechos, o derechos vinculados. Así, un ordenamiento jurídico puede tener un catálogo más o menos amplio de derechos receptados en forma positiva y vigente, y un bien puede ser tutelado por uno o varios de ellos. De ese modo, puede haber derechos implícitos en otros derechos, o derechos conexos entre sí. Por ejemplo, si un sistema jurídico contempla la libertad de expresión, pero no la de pensamiento, podrá entenderse que la segunda se encuentra implícita en la primera. Si contempla en forma expresa ambos derechos, podrá advertirse que están interrelacionados, pues el ejercicio o disfrute de uno condiciona el del otro. Lo anterior no hace superflua la ampliación del catálogo de derechos, pues brinda certeza sobre la protección legal de los distintos bienes y permite una delimitación más precisa del contenido jurídico propio de cada derecho, de sus aspectos diferenciales y obligaciones correlativas.

La interdependencia se presenta en los derechos, en realidad, como reflejo de la conexidad que tienen los propios principios que estos protegen. Así, la libertad y la igualdad se necesitan la una a la otra, como se requieren la democracia y el bienestar. De ese modo, surge una conexidad entre el goce y la exigibilidad de los derechos civiles, políticos y sociales (incluyendo en la última categoría a los económicos, culturales y ambientales). De ese modo, la exigibilidad de los derechos sociales no sería posible sin los civiles y políticos, y viceversa.

Distintos instrumentos recogen, de algún modo, esta idea, por ejemplo, el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa que “solo puede realizarse el ideal del ser humano libre [...] si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Puede citarse también la Carta Democrática Interamericana, que expresa en sus artículos 7, 8, 11 y 13 que “[la] democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente”; que la eliminación de la discriminación contribuye a la democracia; que “[la] democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes”, y que “los derechos [...] sociales [...] son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia”.

Es pertinente hacer notar que desde la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948, se discutió la conveniencia de incluir en un solo documento a los derechos civiles, políticos y sociales. El texto de la Declaración da cuenta del acuerdo entre las naciones firmantes respecto a la integración de todos los derechos como una misma aspiración para la humanidad, sin reconocer jerarquías ni diferencias entre ellos.

Más tarde, la Proclamación de Teherán de 1968, adoptada en la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, vino a profundizar en la tesis de indivisibilidad de los derechos humanos, al señalar que “como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”. Luego, en 1993, durante la Conferencia de Viena, se hicieron señalamientos de importancia esencial para el concepto

de interdependencia de los derechos humanos, al declararse que “[todos] los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándole a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (parte I, párr. 5).

Por último, es pertinente dejar sentado que la interdependencia de los derechos humanos es un carácter que tiene incidencia práctica en el examen de casos concretos por parte de tribunales u otros órganos. En ese sentido, no es una característica conceptual o “teórica”, sino fundamentalmente práctica, con un correlato fáctico concreto, cuya visualización permite una tutela más eficaz y comprensiva de los mismos. Al respecto, en diversas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado “la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (cfr., entre otros pronunciamientos, los casos *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Perú*, sentencia de 1 de julio de 2009, núm. 198, párr. 101, y *Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia de 31 de agosto de 2017, núm. 340, párr. 141).

*Agustín Martín
Tsáitami Ordóñez*

467. DERECHOS HUMANOS (PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD)

Uno de los temas de mayor importancia en materia de derechos humanos, que al mismo tiempo está sujeto a una intensa discusión doctrinal, es el relativo a su universalidad y a las posibilidades reales de su reconocimiento, cumplimiento y respeto de manera global, dadas las diferencias de culturas, sistemas de valores y los heterogéneos niveles de desarrollo de cada país.

La crítica a la concepción de los derechos humanos como universales proviene de las posiciones de la antropología jurídica y del multiculturalismo, al afirmar que el concepto y la idea misma de los derechos humanos son propios de la cultura occidental, desarrollada e inmersa en el marco de las culturas de origen judeo-cristiano liberales, que no corresponde y difícilmente encaja en otras culturas como las orientales, las musulmanas o las de los pueblos autóctonos que han mantenido vivos sus sistemas culturales.

Es un hecho innegable la existencia de un mundo multicultural, en el que las distintas culturas y pueblos han tenido desarrollos muy distintos hasta su evolución actual, lo que resulta en sistemas de valores y reglas de convivencia social en ocasiones muy diferentes; sin embargo, también es un hecho que los derechos humanos en su conjunto constituyen hoy una institución jurídica y moral de universal aceptación, superando su origen occidental, pues todos los países los consagran y reconocen en sus textos constitucionales, tal vez con

distintas formulaciones y más o menos amplitud de acuerdo con su cultura y niveles de desarrollo institucional, pero bajo una base de reconocimiento a su valor ético, incluso se afirma que los derechos humanos son la ética de finales del siglo xx.

En general puede afirmarse que todos los países reconocen la existencia de los derechos humanos como un estándar del desarrollo ético de los Estados, y si bien se pueden presentar diferencias en la formulación en el derecho positivo de los derechos, el acuerdo es más amplio en relación con los valores básicos que los sustentan y a los que desarrollan, los que si bien tal vez no pueden ser calificados de universales sí son concebibles como universalizables, esto es, susceptibles de ser reconocidos y aceptados de manera generalizada en todos los países y culturas.

Sin negar la existencia de las diferencias culturales y de niveles de desarrollo, parece lógico sostener, sin necesidad de asumir posiciones iusnaturalistas sino simplemente antropológicas, que hay un sustrato común de humanidad en todos los individuos, además de una capacidad moral, que nos conduce a pensar que lo que es bueno para unos deben también serlo para los demás, en especial cuando nos referimos a la tutela de la dignidad humana y a la generación de mejores condiciones de vida. Quién puede oponerse al reconocimiento del valor de la vida humana, de la igualdad, de la libertad, o de los derechos a la atención de la salud, a contar con una vivienda digna o a la educación. Es claro que son bienes y valores aceptados de forma general por todas las culturas.

Otro problema para el reconocimiento de la universalidad se da cuando se abordan los temas filosóficos vinculados con los derechos humanos, como son los de su conceptualización y su fundamentación, pues ahí se navega en ámbitos abstractos y en los que las distintas posiciones filosóficas, axiológicas, e incluso ideológicas, hacen muy difícil llegar a posiciones consensuadas.

Como reacción a esas situaciones se desarrolló el llamado neopragmatismo o neopositivismo, en el que se propone dejar de lado esos temas para avanzar en la construcción de mejores medios de protección y defensa de los derechos, como propuso Bobbio. Posiciones que en gran medida se fundamentan en la llamada prueba del consenso, que hace referencia la universal aceptación de la existencia de los derechos humanos que es empíricamente comprobable en vida cotidiana de los países y la comunidad internacional.

De que la comunidad internacional reconoce la universalidad de los derechos humanos son muestra clara los documentos producidos en las dos conferencias mundiales promovidas por Naciones Unidas, la primera en Teherán en 1968, en la que se estableció la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos para toda la comunidad internacional, y la segunda en Viena en 1993, en donde expresamente se estableció que: “El carácter universal de estos derechos no admite duda”.

Es así que la declaración universal es considerada por la doctrina y los organismos internacionales como parte del *ius cogens* internacional, y si bien algunos autores discuten que la totalidad del texto tenga esa categoría normativa, hay consenso en el reconocimiento de que al menos el conjunto de derechos establecidos como inderogables en los propios tratados internacionales tiene ese nivel.

De hecho si revisamos el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, nos vamos a encontrar que la concepción misma de estos implica su universalidad, lo mismo que la modernidad como proyecto político y social implica necesariamente su presencia en las sociedades, como sucede también con la democracia.

Ahora bien, el hecho de la presencia de los derechos humanos en todos los países y ámbitos y el reconocimiento de su universalidad no anulan la diversidad cultural existente entre las distintas regiones y estados, ni el hecho de que los derechos, al igual que los seres humanos, se encuentren afectados por la historicidad; esto es, que su alcance, contenido y posibilidades de desarrollo están afectados por las circunstancias y condiciones de vida en cada país, entre las que se incluyen por supuesto aspectos culturales e incluso religiosos, los que tiene una incidencia ineludible en el desarrollo del derecho positivo.

Sin embargo, la consecuencia inmediata del principio de universalidad es que de ninguna manera y bajo ningún aspecto puedan utilizarse como justificación para no reconocer los derechos a algún individuo o grupo las especificidades y característica propias de un cultura determinada, por el contrario, estas diferencias culturales deben usarse para desarrollar los derechos en ese ámbito de manera que tengan plena vigencia y puedan establecerse los adecuados medios para su protección y garantía.

Victor M. Martínez Bullé Goyri

468. DERECHOS HUMANOS (UNIÓN EUROPEA)

Primeramente, debemos atender los elementos marco dentro de los que se desarrollan los derechos fundamentales (DF) en la Unión Europea (UE).

Respecto a la tensión entre universalismo y relativismo cultural, la UE ha afirmado que es posible identificar a este último, pero que se da a nivel de implementación, donde se reconoce la diversidad cultural de los Estados miembros.

En el tema de la inclusión, la UE se refiere a grupos o personas vulnerables como aquellos que requieren una atención especial para disfrutar de sus DF. Este tema es importante porque subraya el compromiso real de la UE para garantizar el disfrute de los derechos de todos.

La dignidad implica que todo ser humano es valioso en sí mismo, lo que es resaltado en todos los instrumentos centrales, como los tratados de la UE, la Carta Europea de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, el programa de Estocolmo, el Marco Estratégico de Derechos Humanos y Democracia, etcétera.

Se enfatiza el concepto de universalidad de los derechos humanos, pero existe una diferencia de enfoque al tratarse de la relación de la UE en el escenario internacional, donde se refiere específicamente a la universalidad “legal internacional” traducida como el respeto de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y sus dos pactos internacionales.

Existen, además, tres principios fundamentales e intrínsecamente relacionados: *rule of law*, democracia y derechos humanos.

El primero se reconoce como un valor fundamental de la UE que proviene de la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa. Este valor

incluye elementos formales y sustantivos que deben ser aplicados por los Estados miembros e inclusive verificados en los que aspiran a formar parte de ella.

El principio democracia sitúa a los ciudadanos en el escenario central de la UE. Sus elementos son: equidad; democracia representativa; democracia participativa; transparencia, y deliberación. Ahora bien, en sus relaciones externas ha adoptado un criterio sustantivo de democracia que requiere del respeto del Estado de derecho, la libertad de expresión, la independencia judicial y la administración imparcial para poder reconocer a un Estado como democrático.

El marco jurídico básico en materia de derechos humanos está compuesto por el Tratado de la Unión Europea y la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Un elemento importante al hablar de este tema es la “coherencia”. Esta se refiere a la relación existente entre las diversas autoridades y competencias que incluye la protección de los derechos humanos en la UE, y que implica que no debe de existir una falta de coherencia en las políticas públicas, implementación y respeto de derechos humanos a su interior, así como en la relación con agentes externos.

La UE, institucionalmente hablando, tiene diversos tipos de autoridades encargadas del cumplimiento de las obligaciones en relación con los DF, entre ellas, el Consejo de Europea, el Parlamento Europeo, la Corte Europea de Justicia, etc. Además, encontramos a los Estados miembros, quienes por medio de sus propios parlamentos, cortes, y constituciones son igualmente responsables de los DF reconocidos en la UE y en sus propias cartas constitucionales.

Sobre la aparición histórica de los DF en la UE, es importante indicar que en sus orígenes no formaban parte de esta organización, esto es, en los tratados suscritos entre 1951 y 1957, y que entran en escena mediante los casos concretos resueltos en tribunales en las décadas de los setenta y ochenta. El Acta Única Europea, de 1987, ya menciona a los DF en su preámbulo. El Tratado de Maastricht, de 1992, introdujo una cláusula vinculante. El Tratado de Ámsterdam, de 1999, prevé por primera vez un mecanismo de sanción política. Con la adopción del Tratado de Niza, en 2000, se proclama la Carta Europea de Derechos Fundamentales, lo cual igualmente debe ser visto en el contexto de la inclusión en la UE de los países de Europa Central y del Este, considerados débiles en la protección de derechos humanos. Finalmente, el Tratado de Lisboa dio fuerza vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales en 2009, y también se determinó la anexión de la UE a la Corte Europea de Derechos Humanos, considerando la Convención Europea y las tradiciones constitucionales de los países miembros como parte fundamental de su propia tradición.

Encontramos algunos faros en la evolución de los DF y su protección: 1) el caso *Solange* en el Tribunal Constitucional alemán, en el que se determinó que el tribunal nacional podía declarar la inconstitucionalidad de las normas de la UE, y el caso *Interhandel* de la Corte Europea de Justicia, sobre el previo agotamiento de los recursos jurídicos nacionales; 2) la Carta de Derechos Fundamentales en sí misma. Se proclamó en el Consejo de Niza en 2000 y entró en vigor en 2009, pero debe resaltarse que incluso previo a ello, la Car-

ta ya era citada por diversas autoridades europeas, como el Consejo de Europa o el Tribunal Europeo de Justicia. Otro elemento particular de la Carta es que, a diferencia, por ejemplo, de la Convención Europea de Derechos Humanos, sí se refiere a derechos económicos, sociales y culturales, aunque devenido de las discusiones generadas en el momento histórico de su redacción que, a su vez, reflejaban las diversas posiciones de los Estados nacionales frente a estos derechos —ya que algunos los consideraban programáticos y otros más justiciables—. En la propia Carta se puede observar que de cada caso depende la naturaleza que se podrá atribuir a determinado derecho, y 3) el acceso a la Corte Europea de Derechos Humanos, como un objetivo a futuro.

La Carta de Derechos Fundamentales es el instrumento clave para referirse a los derechos humanos de la Unión Europea, es de aplicación de todas las autoridades de la Unión y funciona como elemento de coherencia para la relación entre los DF de la Unión y los Estados miembros. Entre sus características encontramos: 1) su denominación de “fundamentales”, que la pone en balance y diferencia de la terminología utilizada en el derecho internacional de “derechos humanos”. La decisión terminológica es deliberada y simbólica, pretende autoafirmar la común tradición constitucional de los Estados de la UE; 2) en cuanto a su contenido, es progresista. Afirma a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero igualmente, en la consecución de la universalidad, adopta a los DF como principios generales de la UE —como hemos dicho, las decisiones de la Corte Europea de Justicia y avalados por la Convención Europea de Derechos Humanos—, igualmente, considera las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y derechos declarados en otros tratados, como la Carta Social Europea. De la misma forma, adopta derechos emergentes como: protección de datos, derecho a la buena administración y acceso a servicios esenciales y de bioética. Sin embargo, la diferencia que establece entre derechos y principios hace que no todos sean justiciables; 3) es limitada en su aplicación, esto es, solo cuando las autoridades de la Unión actúan dentro de los límites de su competencia en la legislación europea. Ejemplos son la aplicación secundaria europea o la derogación de libertades dentro del mercado común bajo los tratados. Existen casos menos ortodoxos, como el llamado *Charter trigger rule* devenido del caso *Akerberg Fransson* (2013), en el que la Corte de Justicia afirmó que la Carta debe ser cumplida cuando la legislación nacional no afecte directamente a la Carta, pero sí otra norma europea. Otro caso son los actos nacionales que no aplican directamente legislación europea, pero sí *de facto*. En el caso *Melloni* (2013) se afirmó que cuando el estándar de protección de un derecho difiere entre la Carta Europea y una Constitución nacional, debe prevalecer la primera si los principios de unidad, efectividad y autonomía están comprometidos. En el caso *Siragusa* (2014) se afirmó que la Carta no tiene aplicación cuando en un caso no hay conexión o tiene conexión marginal con la legislación europea. Esto es llamado *pure national situation*.

Sobre los instrumentos de política de la UE para los derechos humanos y la democracia, no existe un documento o visión homogénea sobre ello; más bien podría afirmarse que se da por tres vías: formulación, implementación y evaluación de los objetivos de promoción. En cuanto al primero, existe la *Strategic Framework on Human Rights and Democracy*, de 2012. En el nivel de imple-

mentación, existen diversos instrumentos que buscan concretizar —como el tema de financiamiento en derechos humanos— cláusulas que permiten suspender acuerdos comerciales si no se respetan los derechos humanos, al igual que se prevé la existencia de un representante especial para los derechos humanos de la UE en sus relaciones internacionales. En el nivel de evaluación, merecen especial significación los reportes anuales sobre derechos humanos y democracia en el mundo, entre otros instrumentos.

En cuanto al vínculo de la UE como actor en la relación obligación-depositario de derechos humanos, esta mantiene un diálogo constante y muchas veces complejo con otras instituciones, por ejemplo, aunque en ocasiones los fallos de la Corte Europea de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos son divergentes, sí existe un diálogo vía citas referenciales de ambos en las decisiones bajo su jurisdicción. De igual forma, la Unión mantiene conexión con la ONU, y aunque no es considerado un miembro, sí tiene y desarrolla el papel de observador en la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos, donde puede tomar parte en las discusiones, sin olvidar que de manera indirecta participa vía sus Estados miembros, que lo son igualmente de la ONU, entre otras relaciones con actores externos como países, órganos regionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales, etcétera.

Victor Manuel Collí Ek

469. DERECHOS HUMANOS, CIENCIA Y DESARROLLO SOSTENIBLE

Por más de 40 años, los Estados tienen articulado, desarrollado y reafirmado en repetidas ocasiones su compromiso con el desarrollo sostenible como una ruta vital de avance para la humanidad. Esto ha incluido el reconocimiento continuo de la importancia de la ciencia y la tecnología para el desarrollo sostenible. El uso apropiado de la ciencia y la tecnología promoverá la consecución de los derechos humanos, pero para ello será necesario el sustancial desarrollo de capacidades alrededor del mundo

El desarrollo sostenible ha sido expresado por la comunidad internacional como “El desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras, para satisfacer sus propias necesidades” (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, 43). En lo que a las “necesidades” respecta, “desarrollo sostenible requiere satisfacer las necesidades básicas de todos y se extiende a todos la posibilidad de aprovechar sus aspiraciones para una vida mejor” (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, 8). Una explicación más amplia de las necesidades básicas es proporcionada por la Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo: “Los requisitos mínimos para sustentar la vida... así como la educación y la información que permiten a los individuos y a las comunidades, ser productivos y hacer un uso racional de los bienes y servicios básicos disponibles” (1997, p. 3). Las necesidades básicas que generalmente se consideran son: la salud, la nutrición y la seguridad alimentaria, el acceso al agua potable y saneamiento, educación; vivienda y vestido. Esta concepción de las necesidades humanas tiene claras conexiones con los derechos humanos, por ejemplo, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la

salud y el bienestar de sí mismo y su familia, incluyendo alimentación, vestido, vivienda y atención médica”.

De hecho, en términos más generales, el desarrollo sostenible puede ser visto como una extensión lógica de los principios de derechos humanos, ya que trabaja para garantizar que la consecución de que los derechos humanos de las generaciones futuras no queden excluidos por las acciones presentes, así como asegurar que las necesidades de la generación presente sean cumplidas.

La ciencia y la tecnología juegan un papel integral en el proceso de desarrollo sostenible; de hecho, como la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible expresa: “No es una exageración afirmar que sin la ciencia no puede haber desarrollo sostenible” (1995, punto 7). Las áreas de desarrollo sostenible en las cuales se espera que la ciencia y la tecnología hagan contribuciones significativas incluyen:

1. La provisión de fuentes de energías más limpias y alternativas a la utilización de los productos no renovables.
2. El tratamiento de residuos.
3. La influencia sobre la selección y formulación de políticas adecuadas.
4. El monitoreo de los indicadores ambientales.
5. El monitoreo, manteniendo y mejoramiento de la diversidad biológica.
6. Adaptación de los cultivos a diferentes condiciones climáticas y geográficas.
7. Lucha contra la malnutrición.
8. La provisión de productos y proceso industriales más limpios.
9. El mejoramiento de salud y la atención médica. (Rhodes, 2007, 29).

La importancia de la ciencia y la tecnología ha sido reconocida por la comunidad internacional en todas sus principales declaraciones y documentos que contienen el desarrollo sostenible en los últimos 40 años. Por ejemplo, la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible declaró en 1995 que: “Las nuevas fuerzas de la ciencia y tecnología modernas, si se aprovechan correctamente y aplicadas en concordancia con las circunstancias socio-económicas y culturales particulares de cada país, ofrecen inmensas posibilidades para resolver muchos de los problemas complejos que en la actualidad están impidiendo el desarrollo económico, social y ambientalmente adecuado en los países en desarrollo” (punto 51).

Así como la contribución a alcanzar las necesidades básicas, la ciencia y la tecnología también pueden impulsar el desarrollo sostenible a través del establecimiento de límites al desarrollo para ser adaptados a las necesidades o ser superados. *Nuestro Futuro Común* (el informe de 1987 de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo) describe dos tipos de límites enfrentados por el desarrollo sostenible: —los establecidos o los límites más recientes— para los cuales “la sostenibilidad requiere que mucho tiempo antes de que estos sean alcanzados, el mundo deberá garantizar el acceso equitativo a los recursos limitados y reorientar los esfuerzos tecnológicos para aliviar la presión”, y otros —los límites naturales, técnicos y sociales— aquellos que puede cambiar con el tiempo debido los avances tecnológicos que, por ejemplo, permiten el uso más eficiente de recursos, esto es: “Las limitaciones impuestas por el estado de la tecnología sobre la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras”.

Dada la fuerte conexión entre el desarrollo sostenible y los derechos humanos y el importante papel de la ciencia y la tecnología en los procesos de desarrollo sostenible, hay una clara necesidad de fortalecer de manera sustancial el desarrollo de capacidades a nivel mundial en la ciencia y la tecnología, a fin de que los derechos humanos clave sean alcanzados ahora y sean alcanzables también para las generaciones futuras. Entre otras cosas, estos incluyen las necesidades de una mayor transferencia tecnológica, los flujos de conocimientos, recursos financieros, y el intercambio de experiencias. Esto se reconoce en algunos de los documentos internacionales sobre el desarrollo sostenible, pero no se hace explícito en el derecho internacional de los derechos humanos, donde se necesita que sean robustecidos y más claramente enfatizados, con la esperanza de que esto movilizara la voluntad política necesaria para que los Estados cumplan con sus compromisos de desarrollo de capacidades. Ejemplos de declaraciones dentro de los documentos de desarrollo sostenible incluye la siguiente cita del capítulo de la Agenda 21 sobre biotecnología, que señala diversas áreas en las cuales es necesario el desarrollo de capacidades: “El acelerado desarrollo y la aplicación de la biotecnología, especialmente en los países en desarrollo, requerirá un mayor esfuerzo para construir las capacidades institucionales a nivel nacional y regional. En los países en desarrollo, la habilitación de factores tales como la capacidad de formación, conocimientos técnicos, instalaciones y fondos de investigación y desarrollo, fortalecimiento de la capacidad industrial, de capital (incluido el capital riesgo), protección de los derechos de propiedad intelectual, y experiencia en áreas como la investigación de mercados, evaluación de tecnologías, evaluación socio-económica y evaluación de la seguridad son a menudo insuficientes. Por lo tanto, se tendrán que llevar a cabo esfuerzos para el desarrollo de capacidades en estas y otras áreas”.

Y algunos puntos más generales elaborados dentro de El Futuro que Queremos (el documento final de la Conferencia de 2012 de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible): “Reconocemos la importancia del fortalecimiento nacional de las capacidades científicas y tecnológicas para el desarrollo sostenible. Esto puede ayudar a los países, especialmente los países en desarrollo, a desarrollar sus propias soluciones innovadoras, la investigación científica y las nuevas tecnologías, ecológicamente racionales, con el apoyo de la comunidad internacional”.

Tales esfuerzos son importantes porque las brechas en la capacidad científica y tecnológica (incluyendo, por ejemplo, en la disponibilidad de equipos de laboratorio y de infraestructura, instalaciones e inversión en investigación y desarrollo y el acceso a la educación y la formación) implican que muchos países no pueden crear conocimientos y tecnologías de mucha necesidad a nivel nacional, o adaptar los conocimientos y las tecnologías existentes con eficacia a las necesidades y condiciones locales. Esto también impide su participación en los procesos de gobernanza mundial que cada vez más y más descansa en el asesoramiento científico y aportaciones, debido a que el conocimiento y las evaluaciones son alimentadas dentro de ellos y reflejan predominantemente la situación de los países desarrollados (Karlsson, 2002).

La ciencia y tecnología de vanguardia en la actualidad, frecuentemente implican la convergencia entre disciplinas como la biología, la ingeniería y tecnologías de información y comunicación. Esta creciente complejidad se suma

a la urgencia del desarrollo de capacidades antes de que las lagunas crezcan aún más, y hagan los procesos de desarrollo sostenible aún más difíciles de implementar.

Poco se conoce acerca de la *Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad* (Asamblea General de la ONU, 1975), misma que está catalogada como uno de los instrumentos de derechos humanos universales de las Naciones Unidas por la Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, y establece que “Todos los Estados deben promover la cooperación internacional para garantizar que los resultados del desarrollo científico y tecnológico se utilicen en pro del fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, la libertad y la independencia, así como el propósito del desarrollo económico y social de los pueblos y la realización de derechos y libertades de la persona”. “Todos los estados deberán cooperar en el establecimiento, fortalecimiento y desarrollo de la capacidad científica y técnica de los países en desarrollo con miras a acelerar la realización de los derechos sociales y económicos de los pueblos de esos países”.

Tales declaraciones, actualizadas con relación al desarrollo sostenible, podrían conformar un punto de partida útil para promover el desarrollo de capacidades científicas y tecnológicas con el fin de contribuir al alcance de los derechos humanos. Principios relevantes también se pueden encontrar en tres declaraciones relativas a la investigación genética humana y los derechos humanos que han sido adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Por ejemplo, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aconseja que “Los Estados deberán esforzarse por fomentar medidas destinadas... al desarrollo de los países para beneficiarse de los logros de la investigación científica y tecnológica a fin de que su utilización en beneficio del progreso económico y social pueda ser en beneficio de todos” (art. 19.a.iii); y su Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos incluye como objetivos: “Promover el acceso equitativo a los adelantos médicos, científicos y tecnológicos, así como el mayor flujo posible y rápido intercambio de conocimientos relativos a esos adelantos y de sus correspondientes beneficios, con especial atención a las necesidades de los países en desarrollo” y “para salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y futuras”.

Al igual que con todos los aspectos de la transición hacia el desarrollo sostenible y la consecución de los derechos humanos, la voluntad política para convertir los compromisos en acción es necesaria. Desafortunadamente, la situación actual se mantiene tanto como se describe en la Declaración Ministerial de Malmö en 2000:

“Hay una discrepancia alarmante entre los compromisos y las acciones. Metas y objetivos acordados por la comunidad internacional en relación con el desarrollo sostenible, tales como la adopción de estrategias nacionales de desarrollo sostenible y el incremento del apoyo para los países en desarrollo, se debe implementar oportunamente. La movilización de recursos nacionales e internacionales, incluyendo asistencia para el desarrollo, más allá de los niveles actuales es vital para el éxito de este esfuerzo”.

Catherine Rhodes
(traducción de María de Jesús Medina-Arellano
y Emily Guadalupe Patrón Becerra)

470. DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas define los derechos humanos como inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Si todas y todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna, ¿por qué entonces se hace una distinción cuando se refiere a los derechos humanos de las mujeres? Porque no es exagerado afirmar que durante siglos las mujeres no tuvimos acceso a todos ellos.

Nos eran negados los derechos a la integridad, al control del propio cuerpo, a participar en la vida política —como electoras y como candidatas—, a ocupar cargos públicos, al trabajo, a una remuneración justa e igualitaria, a poseer propiedades, a la educación, a servir en el Ejército, a firmar contratos legales, matrimoniales y parentales.

Hacia finales del siglo XVIII, los derechos de la mujer se convirtieron en tema central de los debates políticos en Francia y Gran Bretaña; sin embargo, aun los más prestigiosos pensadores de la Ilustración, defensores de los principios democráticos y de justicia, sostenían que solo debían aplicarse a los hombres. Rousseau, por ejemplo, afirmaba que formaba parte del orden natural que la mujer obedeciera al hombre y sostenía que “las mujeres hacen mal en quejarse de la desigualdad de las leyes humanas”.

El primer documento legal dedicado a los derechos de las mujeres fue la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, de Olympe de Gouges, dramaturga y activista política francesa. El documento apareció en 1789 como una crítica a la Revolución francesa que triunfaría —pensaba— “Cuando todas las mujeres sean totalmente conscientes de su deplorable condición, y de los derechos que han perdido en la sociedad”.

En las décadas siguientes se dieron movimientos locales para alcanzar derechos y libertades, pero fue hasta la consolidación del sistema internacional de derechos humanos que los documentos de defensa de los derechos humanos de la mujer se afianzaron.

En 1946, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que se dio a la tarea de realizar un diagnóstico a nivel mundial para conocer la situación de las mujeres. Surgieron entonces los primeros documentos internacionales de protección de los derechos políticos, de los derechos de las mujeres dentro del matrimonio, así como de la igualdad salarial y de condiciones laborales entre hombres y mujeres.

A estos documentos les siguió la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967 y, finalmente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), de 1979, que se aprobó por unanimidad en la Asamblea General de la ONU y entró en vigor en 1981. La CEDAW, instrumento jurídicamente vinculante, es considerada la carta internacional de los derechos de la mujer. En 1999 se aprobó el Protocolo Facultativo que establece los mecanismos de exigibilidad de la CEDAW y de equiparación con otros instrumentos de derechos humanos.

Por otra parte, desde 1982 se instaló el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, integrado por expertos de los Estados parte.

El Comité examina los informes presentados por estos y las comunicaciones de denuncia a la Convención, y está facultado para investigar violaciones graves o sistemáticas.

En 1995, en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, se aprobaron la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, que enuncian una declaración sobre la responsabilidad de los Estados de cumplir con los compromisos adquiridos.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos existe la Convención sobre la Nacionalidad de las Mujeres; la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, y la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.

En los años posteriores a la entrada en vigor de la CEDAW, la Comisión Interamericana de la Mujer observó que aquella convención era omisa en regular lo relativo a la violencia contra las mujeres y se dio a la tarea de convocar a expertas y a juristas para diseñar un documento que integrara la tipificación general de los casos de violencia de género, una definición de derechos mínimos y de las reparaciones y el mecanismo para respetarlas, así como las obligaciones de los Estados. De esas reflexiones surgió la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que se aprobó en una Asamblea Extraordinaria en Belém do Pará, en 1994.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) cuenta con el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará y es el órgano encargado de analizar la implementación de la Convención y examinar las respuestas de los Estados parte.

En México, la Constitución Política prohíbe toda clase de discriminación motivada, entre otras razones, por el género (art. 1).

El artículo 2 acota la autodeterminación de los pueblos indígenas al respeto “de manera relevante, a la dignidad e integridad de las mujeres” y, en cuanto a la elección de sus autoridades, a garantizar “la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones”, evitando así prácticas discriminatorias en dichas comunidades so pretexto de los usos y costumbres.

Asimismo, en el artículo 4 afirma que “el varón y la mujer son iguales ante la ley”, idea que, a su vez, es reforzada al construir el concepto de ciudadanía otorgada en igualdad de condiciones a hombres y mujeres en el artículo 34.

Desde mediados del siglo pasado se han logrado avances jurídicos y sociales importantes; sin embargo, siguen existiendo estereotipos de género que impiden que la igualdad sustantiva sea una realidad.

Ana Reyes Retana Lasa

471. DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM, Convención) incluye tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de las personas mayores. Esta tridimensionalidad (civil, política y

social) no es frecuente en instrumentos de esta naturaleza y amerita subrayarse.

Derechos civiles, políticos y sociales presentes
 en la Convención Interamericana sobre la Protección
 de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

<i>Ciudadanía civil</i>	<i>Ciudadanía política</i>	<i>Ciudadanía social</i>
A la igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 5), a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6), a la independencia y autonomía (art. 7), a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (art. 9), a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11), a la libertad personal (art. 13), a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14), a la nacionalidad y a la libertad de circulación (art. 15), a la privacidad y a la intimidad (art. 16), a la propiedad (art. 23), igual reconocimiento como personas ante la ley (art. 30), a la justicia (art. 31)	Derechos políticos: votar libremente y ser elegido (art. 27), de reunión y asociación (art. 28)	A la participación e integración comunitaria (art. 8), derechos de la persona mayor que recibe cuidados de largo plazo (art. 12), a la seguridad social (art. 17), al trabajo (art. 18), a la salud (art. 19), a la educación (art. 20), a la cultura (art. 21), a la recreación, al esparcimiento y al deporte (art. 22), a la vivienda (art. 24), a un medioambiente sano (art. 25), a la accesibilidad y a la movilidad personal (art. 26), situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 29)

En el grupo de derechos civiles es especialmente relevante el *derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad en la vejez* (art. 5), el cual, a su vez, incluye género, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, migración, pobreza, marginación, afrodescendencia, indigenismo, como también la discriminación ejercida hacia personas sin techo, en prisión, pertenecientes a pueblos tradicionales o grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, así como el efecto multiplicador de la discriminación cuando se suman varias de estas condiciones o características.

El derecho *a la vida y a la dignidad en la vejez* (art. 6) tiene como principal especificidad que se garantice el acceso a los cuidados integrales—incluidos los cuidados paliativos— y el manejo apropiado de los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, evitando así el sufrimiento innecesario y las intervenciones inútiles. Asimismo, se indica el derecho de la persona mayor a *expresar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud* (art. 11).

El derecho *a la independencia y a la autonomía* (art. 7) abunda en el derecho a tomar decisiones, a definir el plan de vida—conforme a la cultura y tradi-

ciones de la persona mayor, si así lo desea— y a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias. Merece especial atención la inclusión del componente cultural/tradicional en este derecho. Igualmente se incorpora la libertad de residencia, en cuanto a “[...] que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir [...]” y no se vea obligada a vivir con quien no desea, tal y como señala el mencionado artículo.

El artículo 9 se refiere a la *seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia*, y el 10 a *no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*, acotando la vida sin violencia a especificidades como el abuso financiero o patrimonial, la expulsión de su comunidad, el maltrato, el abandono o negligencia dentro y fuera del ámbito familiar.

El derecho a la *privacidad y a la intimidad* (art. 16) en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, contiene una alusión especial a los actos de higiene, en el sentido de que sea respetada la privacidad de la persona mayor. Además, subraya la tutela de este derecho especialmente en el caso de las personas mayores que reciben cuidados de largo plazo.

Se consagra en el derecho a la *propiedad* (art. 23) la libre disposición por parte de la persona mayor de sus bienes, con el fin de prevenir el abuso y la enajenación ilegal, protegiéndose especialmente a la mujer mayor para que pueda ejercer libremente este derecho.

Son solo dos los artículos dedicados a los derechos políticos de las personas mayores: el 27, que consiste en el derecho a *votar y ser elegido*, para lo cual se especifica no ser discriminado por motivos de edad, tener accesibilidad a las instalaciones y que los materiales sean fáciles de entender, y el 28, que garantiza el derecho de *reunión y asociación*, dirigido al fortalecimiento de las agrupaciones de personas mayores, así como de los liderazgos.

En el grupo de derechos sociales destaca el *derecho a la vivienda* (art. 24), en el que se esboza que deben adaptarse soluciones habitacionales que permitan a la persona mayor residir en su propio domicilio —conforme a su voluntad— y cubrir las necesidades específicas de quienes viven solos. Junto a ello se desarrolla la protección contra desalojos forzosos ilegales, además del derecho a la vivienda y a la tierra, especialmente importante para las personas mayores en el ámbito rural. Es de relevancia fundamental el derecho al crédito, que se incluye en este artículo, dado que es muy frecuente que la edad avanzada sea un motivo de discriminación negativa a la hora de la concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

El derecho a la *salud* (art. 19) está muy desarrollado en la Convención y pueden enfatizarse varios aspectos, a saber: la inclusión de los servicios de salud asequibles y de calidad para el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual en esta población; la contemplación de servicios socio-sanitarios para el tratamiento de enfermedades que generan dependencia como las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer, así como “los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos”. Es preciso poner de relieve la acertada inclusión de medidas de apoyo para los cuidadores.

En cuanto al derecho a la *educación* es preciso subrayar la mención de las necesidades de alfabetización y posalfabetización —dirigidas especialmente

a la mujer—, habida cuenta de que las mujeres mayores de hoy en día son el grupo de población que registra las tasas de analfabetismo más altas.

La riqueza del articulado de la Convención aborda prácticamente todos los aspectos esenciales de los derechos humanos de las personas mayores, habiéndose señalado aquí una pequeña selección de los mismos.

Aída Díaz-Tendero

472. DERECHOS HUMANOS DEL CONTRIBUYENTE

En una noción contemporánea, hablar de derechos humanos de los contribuyentes es referirse a un conjunto de principios materiales de justicia tributaria, que independientemente estén o no reconocidos por la ley fundamental, operan como límites razonables de la potestad tributaria del Estado, y en esta medida, son principios legitimadores de los tributos que tienden a informar el contenido sustantivo de las normas jurídicas que los crean.

Desde otra perspectiva, los derechos humanos de los contribuyentes pueden identificarse con aquellos que, pese a no ser exclusivos de la materia tributaria, inciden directamente en la vida de las personas en su calidad de contribuyentes, tales como el acceso a la justicia fiscal, el debido proceso, el derecho a la seguridad jurídica, el derecho de petición, el derecho de audiencia previa, la inviolabilidad del domicilio, la no confiscatoriedad de bienes, la protección de datos personales, el principio *non bis in idem*, el derecho a la presunción de inocencia, la libertad de empresa, la no discriminación, el derecho de no autoincriminación, los derechos económicos sociales y culturales, entre otros. Sin embargo, esta segunda lectura pasa por alto el principio de interdependencia de los derechos humanos, según el cual existe un vínculo ineludible entre todos los derechos humanos de tal forma que el disfrute de uno depende de la realización de otro u otros, y *a contrario sensu*, la privación de uno, menoscaba el resto.

Así, propiamente hablando la noción más correcta de los derechos humanos del contribuyente debe ser aquella que los identifica con los principios materiales de justicia tributaria. El carácter propiamente “humano” de estos derechos no ha sido estudiado aún con profusión en sede doctrinal, sin embargo, su justificación se desprende, precisamente, del contenido más básico de otros derechos humanos que permean y brillan con luz propia cuando se extrapolan al derecho tributario, como son los derechos humanos a la igualdad, a la dignidad, a la propiedad y a la legalidad.

En este sentido, los principios materiales de justicia tributaria desarrollados en el ámbito del derecho tributario suelen identificarse, principalmente, con capacidad económica o capacidad contributiva, reserva de ley, igualdad tributaria, generalidad y no confiscatoriedad de los tributos.

Ahora bien, dependiendo de su recepción doctrinal, estos principios son reconocidos por los textos constitucionales en distintas proporciones y con nombres varios, tales como capacidad económica (Bolivia, Brasil, España, Honduras, Panamá, Venezuela), capacidad contributiva (Paraguay, República Dominicana), proporcionalidad (Argentina, Chile, Honduras, México), reserva de ley (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela), equidad (Argentina, Colombia, Honduras, México), igualdad (Chile, España, Paraguay, Perú), progresividad (Chile, Brasil, España, Ve-

nezuela), no confiscatoriedad de los tributos (España, Nicaragua, Paraguay, Perú), generalidad (Brasil, Honduras) y justicia (Colombia), entre otros.

En muchas ocasiones en que las disposiciones normativas no enuncian de forma expresa estos principios materiales de justicia, ha sido la labor interpretativa del poder judicial la que, a partir de su naturaleza creadora y dinámica, ha declarado su anclaje constitucional en el ordenamiento jurídico, e incluso, perfilado su contenido y alcance, nutriéndose en gran medida de la doctrina. Así ocurre por ejemplo en el caso mexicano, en el que los principios de legalidad, equidad, proporcionalidad y destino al gasto público que sanciona la Constitución, han sido identificados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con capacidad contributiva, igualdad tributaria, reserva de ley y destino del gasto público.

Corresponde entonces a los operadores jurídicos delimitar y/o desentrañar ese conjunto de principios materiales que en el marco de un Estado moderno de derecho habrán de dar racionalidad a los tributos que se impongan para el sostenimiento de los gastos públicos.

A decir de la doctrina más autorizada, la capacidad contributiva, unida a la igualdad tributaria, parece ser el criterio configurador del deber de contribuir, y en esta medida, el núcleo básico de los derechos humanos del contribuyente.

La capacidad contributiva se entiende como una aptitud real de pago de contribuciones, que habilita a los sujetos obligados del tributo a aportar una parte adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva, siempre y cuando el tributo no prive al contribuyente de la satisfacción de un mínimo existencial personal y familiar para llevar a cabo una vida digna, o represente una exacción tal que involucre la pérdida total de su patrimonio o la extinción la fuente de la que deriva la obligación tributaria (no confiscatoriedad de los tributos).

Así, el tributo cumple con el principio de capacidad contributiva cuando grava índices reales de riqueza, en función de la situación personal y familiar del contribuyente, y discrimina en beneficio de quienes por sus circunstancias se ven imposibilitados para cumplir con la obligación tributaria en la misma proporción.

Por su parte, la igualdad tributaria significa, por un lado, que el legislador está obligado a confeccionar la norma jurídica de forma tal que no haga distinciones entre situaciones esencialmente idénticas, a menos que tales diferencias se encuentren plenamente justificadas por la misma norma (igualdad en la ley tributaria). Por otro lado, implica que todos los operadores jurídicos apliquen la norma tributaria en forma igualitaria para todos los que se ubiquen en la misma situación de hecho, impidiendo establecer diferencias en razón de circunstancias que no estén expresamente previstas en la norma (igualdad ante la ley tributaria). En otras palabras, la igualdad entre dos contribuyentes que se encuentran en situación de semejanza relativa solo se consigue si la situación de uno respecto del otro no se altera tras el pago de sus impuestos correspondientes (Lejeune Valcárcel).

Otro derecho del contribuyente es la reserva de ley tributaria, es decir, que los tributos solo pueden ser establecidos mediante ley, pues los gobernados tienen depositado en el Poder Legislativo un voto de confianza para que

sean ellos los que, en su calidad de representantes del pueblo, discutan cabal y racionalmente las iniciativas para sancionar en leyes formales y materiales los elementos esenciales de los tributos.

Por último, el destino al gasto público, como derecho del contribuyente significa que el producto de las contribuciones no puede destinarse para otro fin que no sea cubrir el gasto público, con eficiencia y economía, en beneficio de la colectividad.

Israel Santos Flores

473. DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN

El proceso de incorporación de los derechos humanos en la Constitución representa uno de los ejes que determinan el constitucionalismo moderno, entendido este último como concreción suprema de la organización política y jurídica de los Estados y del ordenamiento social. Asimismo, el estudio de este término requiere la aplicación de enfoques actualizados que permitan comprender su complejidad y dinamismo, al tiempo de facilitar su entendimiento como un proceso histórico, en las dimensiones espaciales y temporales.

Bajo la premisa anterior, el reconocimiento de los derechos humanos en los cuerpos constitucionales, es decir, su ubicación en el rango normativo más elevado, supone un abordaje jurídico que se auxilie de los aportes de diversas disciplinas, ya que los derechos humanos atañen a una noción situada en un plano filosófico y axiológico, que incluso precede a su positivización, amén de involucrar construcciones conceptuales que se reconfiguran en forma constante, hoy en día incluso como consecuencia de las transformaciones culturales y la voráGINE tecnológica. En este caso, la tendencia a expandir el territorio de las capacidades y facultades inherentes al ser humano, las cuales deben ser reconocidas jurídicamente y protegidas por el Estado, encuentran en el iusnaturalismo su punto de partida, si bien se enriquece dicha doctrina filosófica con nuevos elementos.

No obstante la actual tendencia a la universalización de los derechos humanos, y si bien hoy representan el referente político y moral en gran parte del planeta (Manet, 2003), es importante señalar que se trata de un constructo social complejo que durante mucho tiempo estuvo lejos de reflejar una unanimidad conceptual, por la multiplicidad de elementos que incorpora, entre ellos, las diferencias étnicas y culturales, o aquellas posturas relativas a las distintas religiones.

Así, en la actualidad, el reconocimiento de los derechos humanos en las constituciones políticas representa uno de los indicadores más veraces del desarrollo político de los estados democráticos y de la convivencia colectiva. Por esta razón, como resultado de la interrelación entre gobernantes y gobernados propia de los sistemas democráticos de gobierno, se afirma la tendencia a incorporar el conjunto de derechos humanos en los textos constitucionales, como el mecanismo jurídico idóneo para garantizar su observancia general.

De esta manera, en una perspectiva histórica puede identificarse el siguiente eslabonamiento en el proceso de constitucionalización de los derechos: revoluciones políticas y reivindicación de derechos frente al poder monárquico en Europa; surgimiento de las primeras declaraciones modernas de derechos en Norteamérica y Francia en el siglo XVIII; proclamación de las

primeras dos constituciones políticas del mundo moderno, a saber: la de los Estados Unidos de Norteamérica y la de Francia, sustentadas fundamentalmente en los derechos del individuo; el influjo de las diferentes vertientes del constitucionalismo en distintas partes del mundo, especialmente Europa y América. Asimismo, la formulación de las distintas generaciones de derechos, así como un influjo decisivo de las declaraciones y el derecho internacional después de la Segunda Guerra Mundial, complementan dicho proceso, en sus aspectos más generales.

En el caso de México e Iberoamérica, la Constitución de Cádiz de 1812 gravita fuertemente en el surgimiento y la evolución del constitucionalismo en la región, por supuesto en concomitancia posterior con aquel de procedencia norteamericana. El texto gaditano no incorporó una solemne declaración de derechos, sin embargo, contiene en sus diferentes capítulos el reconocimiento de derechos pertenecientes a la persona humana, como son la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos.

El reconocimiento constitucional de los derechos humanos en México comprende diversas etapas, materializadas en la actual Constitución Política, vigente desde 1917. En un primer periodo, si la Constitución de Apatzingán de 1814 incluyó por vez primera en el país un catálogo de derechos, congruente con el signo liberal de la época, la Constitución de 1857, tras un intenso vaivén político reflejado en numerosos documentos constitucionales, representó el triunfo del movimiento liberal y permitió plantear un modelo constitucional que decantó las ideas de igualdad, libertad, seguridad y propiedad, entre los aspectos más destacados. La misma ley suprema incorporó un modelo más acabado del juicio de amparo, surgido ya con anterioridad tanto a nivel local como federal, y que representa el recurso jurídico por excelencia para hacer efectivos los derechos reconocidos. En una segunda etapa, la Constitución de 1917 habría de incorporar los derechos sociales por influjo directo de las demandas articuladas antes y durante el movimiento armado iniciado en el año 1910, dotando de un mayor alcance al concepto de derechos humanos y dando lugar al nacimiento del constitucionalismo social.

Puede ubicarse una tercera etapa que transcurre especialmente durante las últimas cinco décadas, en las cuales se han realizado reformas constitucionales para ampliar el universo de derechos y libertades en México, pero, de la misma manera, fortaleciendo sus mecanismos protectores, sea por la vía jurisdiccional o a través del sistema nacional de *Ombudsman*. Allí están comprendidas reformas a favor de la igualdad jurídica del hombre y la mujer (1974); de los derechos de la infancia (1980, 1992, 2000 y 2011); el derecho a la protección de la salud y a la vivienda (1983); los derechos de los pueblos indígenas (1992 y 2001); el derecho a un medio ambiente sano (1999); a la cultura (2009), y a la alimentación (2012), (Carpizo, 2011).

La reforma de 2011 en la materia concretó mejores fórmulas jurídicas para acompañar el reconocimiento constitucional de los derechos humanos con garantías y mecanismos más eficaces que los protejan. Así, el peso específico de la misma gravita en la nueva redacción del art. 1o. constitucional, en el cual se declara puntualmente que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, de igual manera

que de las garantías para su protección. La incorporación del término “derechos humanos” y la enunciación de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con los cuales todas las autoridades en sus distintos ámbitos de competencia quedan obligadas a su promoción y respeto, al tiempo de protegerlos y garantizarlos, representa un esquema normativo que tenderá a fortalecer su observancia.

Por su parte, la incorporación del principio *pro homine* como precepto constitucional, como guía de interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos humanos, sin duda revoluciona la visión jurídica en México. Este importante principio, concatenado con un reconocimiento expreso de los derechos en los tratados internacionales, fortalece igualmente el papel de los juzgadores en el país, quienes a través de los nuevos mandatos constitucionales, el control de convencionalidad, la reciente actualización del juicio de amparo y la no aplicabilidad de leyes contrarias a los nuevos preceptos, dispondrán de mecanismos más eficaces para la protección de los derechos humanos.

Rodolfo Lara Ponte

474. DERECHOS IMPOSIBLES

Esta categoría introducida por Bidart Campos en su obra *Las obligaciones en el derecho constitucional* (1987), pretendió denotar a aquellos derechos humanos positivizados aunque carentes de vigencia. La referencia a derechos imposibles necesariamente nos lleva a presuponer que el Estado tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir los derechos que normativamente han sido establecidos, es decir, tornarlos posibles. Sin embargo, por diversas razones, algunos derechos consagrados normativamente carecen de *vigencia sociológica*, convirtiéndose en *derechos sobre el papel* o meras declaraciones de buena voluntad desprovistas de fuerza jurídica y operatividad. Algunos de los derechos incluidos por la doctrina en esta categoría, no son tales pues se constituyen a partir de una relación de dificultosa o imposible configuración debido a la carencia de un sujeto pasivo al que le fuera exigible la correlativa obligación pero sobre todo, de identificar el modo de cumplimiento de la obligación en sí. Se trataría de derechos tales como el “derecho a la felicidad” (Bidart Campos, 1987). En la actualidad quienes emplean la categoría de derechos imposibles lo hacen para referirse principalmente a los derechos económicos, sociales y culturales, por cuanto se asume que la vigencia de los mismos se encuentra imposibilitada o reducida por aquejarlos problemas de diversa envergadura sobre todo de tipo material, a los cuales se deben agregar posturas dogmáticas. La imposibilidad como carencia de vigencia, abarcaría no solamente al desarrollo legislativo de dichos derechos sino también y especialmente, a su justiciabilidad. Las razones en las que normalmente se suele fincar la imposibilidad de hacer justiciables estos derechos son de dos clases: aquellas que afectan a los derechos en sí y las que afectarían a los jueces que deban hacerse cargo de los planteos judiciales que tengan por objeto derechos sociales. En el primer tipo de objeciones podemos mencionar las siguientes: *a)* Su carácter programático, *b)* Su contenido indeterminado, y *c)* El alto costo financiero de su vigencia. Sobre estos obstáculos la doctrina actual ha contestado de manera contundente. En cuanto a la programaticidad, ella suele ser pregonada como una característica propia de los derechos sociales en general, sin reparar que las denominadas normas constitucionales programáticas o de “eficacia indi-

recta”, son una opción de técnica constituyente para establecer enunciados constitucionales que contengan derechos, pero de ninguna manera se trata de una característica entitativa o configurativa de tales derechos. En relación a la objeción referida al contenido indeterminado de estos derechos, diremos que el contenido de los derechos en general —no solo de los derechos sociales— es determinable —no indeterminado— y dicha determinación se realiza por medio de las leyes y claro, la interpretación judicial. La llamada “indeterminación de contenido”, afecta a todos los derechos en general y no solo a estos derechos y de ninguna manera se trata de un problema por el que su vigencia se deba ver impedida. En todo caso, las autoridades en general están llamadas a dotar de contenidos específicos a tales derechos para de tal modo tornarlos posibles. Por último, en cuanto a la objeción referida al alto costo financiero de los derechos sociales, diremos que esta razón parece asentarse en la idea de acuerdo a la cual los derechos sociales cuestan y los derechos civiles no. La incorrección de una idea tal ya ha sido evidenciada en trabajos seminales al respecto. Por otro lado, en ocasiones el cumplimiento de las obligaciones en relaciones de derechos sociales se puede satisfacer de manera negativa, por ejemplo, no afectando el nivel de disfrute de un determinado derecho. En otros supuestos, la decisión judicial que obligue al cumplimiento de un derecho tal puede consistir en que las autoridades demandadas hagan algo con base en una política pública social ya diseñada y para cuyo cumplimiento ya existan recursos destinados. De esta forma, en un importante número de casos, los jueces operan sobre la base de costos ya contemplados presupuestalmente por las autoridades competentes y su labor se circunscribe a mandar su efectiva aplicación. El segundo tipo de razones en las cuales se pretende fundar la imposibilidad, atañen a los jueces que deben hacerse cargo de esta clase de derechos. Ellas podrían ser agrupadas del modo que sigue: *a)* Falta de idoneidad técnica de los jueces, *b)* Su carencia de pensamiento comprensivo y por último, *c)* El carácter antidemocrático que su actuar sobre estos derechos implicaría. Acerca de estas aparentes causas en las cuales fincar la imposibilidad, también la doctrina ha contestado. Sobre las cuestiones técnicas que los jueces no estarían en aptitud de acometer, resulta claro que difícilmente podemos encontrar un asunto judicial en el que ellas no resulten involucradas. En estos asuntos, como en los que involucren a los derechos sociales, los jueces se asisten de peritos expertos en los asuntos técnicos involucrados. Fincar la imposibilidad de dotar de vigencia a los derechos sociales asumiendo que los jueces carecen de pensamiento comprensivo, presupone un juicio previo tal de acuerdo al cual como en los asuntos referidos a derechos sociales y debido al carácter prestacional de ellos, se encuentran involucradas cuestiones presupuestales y una decisión judicial al respecto, tomada en el estrecho marco de un caso individual, puede llegar a afectar desprevénidamente recursos destinados a otros asuntos, incluso a la cobertura de otros derechos sociales. Los jueces no estarían en aptitud de adoptar una mirada que sea capaz de observar esas otras consecuencias. Este argumento al parecer no corresponde con una lectura fenomenológicamente correcta de la labor de los juzgadores pues ellos son plenamente conscientes de la onda expansiva de sus resoluciones y esa conciencia operará, en algunos casos, como un factor de libertad y en otros, como una causa de restricción pero de ninguna manera les serán inocuas. Amén de la conciencia de los efectos de sus

decisiones, los jueces, especialmente los constitucionales, deben cuidarse de entrar en un cálculo de eficiencia entre los derechos y las consecuencias de sus decisiones, pues ello podría implicar el sometimiento de los derechos a un cálculo utilitario que es ajeno a su esencia. Debemos recordar que, normalmente, la intervención de la justicia se da cuando la administración y el Poder Legislativo han incumplido mandatos constitucionales. Sobre la última cuestión diremos que detrás de la objeción anterior se encuentra otra problemática de raíces más profundas y de acuerdo a la cual, el Poder Judicial no sería apto para resolver sobre ciertas materias que deberían implicar mayor deliberación y planeación por parte de las autoridades específicas que tienen como función el diseño de políticas públicas que, en el caso de los derechos sociales, tiendan a dar eficacia a los mismos. En este sentido, la labor judicial en materia de derechos sociales, resultaría invasiva y poco democrática. Pero sucede que normalmente el Poder Judicial no opera en ese escenario, sino en el del incumplimiento de las políticas públicas sociales ya diseñadas, y su trabajo opera con base en planteamientos de personas, grupos o sectores sociales insatisfechos por la inacción de los otros poderes o, en otros casos, por los retrocesos que las políticas regresivas imponen, es decir, en el marco del incumplimiento de las obligaciones asumidas democráticamente por los restantes poderes.

Juan Manuel Acuña

475. DERECHOS POLÍTICOS

La voz “derechos políticos” se refiere al conjunto de facultades con las que cuenta el ser humano para el ejercicio de la participación política. Se distinguen de los derechos civiles en que mientras estos se refieren a los asuntos privados, los “derechos políticos” aluden a los asuntos de la vida pública de la humanidad. Jellinek señala que los “derechos políticos” permiten al ciudadano expresar de forma directa la voluntad estatal, o bien contribuir a la manifestación de esta. La esencia de estos derechos, según Hans Kelsen, es dar al individuo un lugar en la formación de la voluntad social; son derechos humanos. De esta manera, los “derechos políticos” como derechos humanos se deben regular y proteger por los ordenamientos jurídicos a través de las herramientas procesales necesarias, y también requieren de un desarrollo institucional y garantías que les otorguen efectividad. Estos derechos contienen elementos propios de los derechos de libertad, ya que, por una parte, su ejercicio contribuye a la formación de la voluntad popular y a la integración de los órganos estatales, y por otra, se refieren a la imposibilidad del Estado de impedir su ejercicio de manera arbitraria o discrecional.

Los “derechos políticos” son derechos de participación individual, pero de trascendencia colectiva. De esta manera, en el ámbito de estos derechos encontramos los que se ejercen de manera directa, como el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, la iniciativa ciudadana, y también en la incorporación del propio ciudadano en los poderes del Estado; los de forma indirecta, mediante la elección de representantes, así como la participación en los asuntos públicos. La tipología de los “derechos políticos”, generalmente coincidente en la doctrina, se centra en el reconocimiento de los derechos de votar (elegir libremente a sus representantes), ser votado (la posibilidad de ser electo para un cargo), de asociación (el derecho para formar agrupaciones) y de

afiliación (formar partidos políticos y contar con los derechos y obligaciones reconocidos en su normatividad). Se consideran también “derechos políticos” otros derechos humanos que estén vinculados con el ejercicio de aquellos; por ejemplo, los de igualdad, de libertad de expresión, de petición, de información, etcétera. Además, los “derechos políticos” están estrechamente relacionados al concepto de democracia, principalmente de las democracias constitucionales que reconocen un mínimo de derechos. En la teoría jurídica, estos derechos están catalogados como derechos de primera generación, es decir, en los derechos civiles y políticos; surgieron de las dos grandes revoluciones: la norteamericana, con la Declaración de Independencia (1776), y la francesa, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Durante los siglos XVIII, XIX y XX, época de gestación de los “derechos políticos”, las naciones han configurado diversas limitaciones para su ejercicio, inclusive, todavía hace algunas décadas, sectores como las mujeres, los grupos raciales, las etnias, la posición económica o social, la falta de instrucción o determinado nivel de alfabetización, entre otros, constituían impedimentos para su ejercicio. La expresión “derechos políticos” también refiere a expectativas, principalmente de no sufrir lesiones, adscritas a los ciudadanos por las normas jurídicas, relacionadas con la participación de estos en la toma de decisiones públicas, las que en su conjunto fundan la representación política. En décadas recientes con respecto a los “derechos políticos” (hacia mediados del siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI), los Estados, cada uno en atención a su propio contexto, han reconocido a grupos históricamente vulnerables en sus legislaciones e implementado cuotas para facilitar y garantizar su inserción en los asuntos públicos y con la finalidad de que estén efectivamente representados. Las cuotas que generalmente se reconocen son las referentes al género, las raciales, las de comunidades o etnias indígenas, personas con capacidades diferentes, entre otras.

Actualmente no existe uniformidad en cuanto a los límites a los derechos políticos. La regulación al respecto atiende al contexto de cada país; sin embargo, existe coincidencia respecto a que en la imposición de esos límites se deben establecer medidas en contra de restricciones o suspensiones indebidas, aun por motivos de edad, residencia, nacionalidad, capacidad civil o psíquica, por causa de condena penal, por causa antidemocrática, de orden público, de seguridad nacional o del bien común. En cada caso, esas restricciones deben reunir, entre otras características, la de ser proporcionales, idóneas, necesarias, jurídicas, racionales, objetivas, así como el de tener un fin y efecto útil. La progresiva constitucionalización y, posteriormente, su internacionalización (Declaración Americana y Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas de 1948) fueron otorgando a los “derechos políticos” la entidad de derechos humanos, ya que reúnen características comunes a estos, como son: la universalidad (son aplicables a todo el género humano); interdependencia (son un haz indivisible que merece pareja o consideración jurídica; es decir, que no existe un número cerrado y preciso de estos derechos); indivisibilidad (no deben ignorarse en su defensa a los demás derechos); progresividad (debe preferirse la norma que restrinja, en menor medida, su ejercicio); son inherentes (al hombre); imprescriptibles (no están sujetos a venta); irrenunciables (no son un bien disponible), e integrales (la violación de uno presupone la violación de los demás). Igualmente, estos derechos funcionan como límite de la actuación

estatal (Ferrajoli, Bobbio, Garzón Valdés), esto es, el Estado tiene la obligación de no hacer, de no impedir su ejercicio. Estos límites de la actuación del Estado también están estrechamente relacionados con los principios de mínima intervención y del bien jurídico. El reconocimiento del libre y efectivo ejercicio de los “derechos políticos” constituye un elemento condicionante para la legitimación del Estado democrático. Los “derechos políticos” como visión integral del derecho en un Estado constitucional están reconocidos en diversos instrumentos tanto internacionales como regionales de derechos humanos, de entre los que se encuentran: la Carta Democrática Interamericana (arts. 2o., 3o. y 6o.); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 23); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XX); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 21); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1993 (art. 25); el Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 3o.); la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (art. 13); el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (arts. 2o., 4o., y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5o., inciso c); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 42, párrafo 3); la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (art. 1o.); la Convención Sobre los Derechos Políticos de la Mujer, y la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Con motivo de esta categorización se identifica a los “derechos políticos” como parte del derecho internacional de los derechos humanos. La transformación y continua mutación morfológica de los Estados ha conducido, en las últimas décadas, a la necesidad de replantear la titularidad de los “derechos políticos”, entre otros aspectos se explora la posibilidad de su titularidad por los extranjeros (Zagrebelsky).

Luis Espíndola Morales

476. DERECHOS POLÍTICOS (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

La voz “derechos políticos” en la jurisprudencia constitucional se ha venido construyendo de manera reciente (siglos XIX y XX). Existen diversos y variados esquemas de amplitud, protección, limitación o restricción de los “derechos políticos”.

Los criterios en torno al contenido y alcances de los “derechos políticos” atienden al contexto de cada Estado; sin embargo, existe coincidencia sobre su reconocimiento y ubicación en los derechos de libertad; es decir, no solo se trata de derechos que garantizan un ámbito de autonomía de la persona respecto al Estado (*status libertatis*), sino también el derecho a participar en la configuración de la voluntad estatal (*status activae civitatis*), el cual se traduce en el derecho a ser elegido a las asambleas representativas, así como el de ocupar cargos públicos. En las democracias occidentales, los “derechos políticos” tienen connotación de derechos de participación política o derechos de la democracia.

La interpretación de la Corte Suprema de los Estados Unidos al resolver casos como *Luther vs. Borden* (1849), *Baker vs. Carr* (1962) y *Powell vs. McCormack* (1969), es coincidente en desconocer su competencia para resolver asuntos de

índole política, y consecuentemente, ese criterio condujo a que en la *praxis* se careciera de mecanismos o garantías para su protección y tutela.

En Australia destaca el criterio relativo a la limitación del ejercicio de los “derechos políticos” a quienes negaran los postulados básicos de la democracia (*Australian Communist Party vs. Commonwealth*, 1951). En Alemania, derivado de la trágica experiencia del régimen totalitario hacia mediados del siglo XX, el Tribunal Constitucional alemán sentó jurisprudencia en relación con el ejercicio de los “derechos políticos”, cuando con motivo de su ejercicio, se pretendiera instaurar el antiguo régimen (*Partido Nacionalsocialista del Reich o Partido Social imperial*, 1952); un caso muy similar al de Alemania se presenta en Argentina con el ejercicio del derecho de asociación en materia política, tal es el caso del “Partido Nuevo Triunfo”, el cual pretendía registrarse con el nombre de “Partido Nacionalista Socialista de los Trabajadores” (fallo 3423/2005). En España, destaca por su trascendencia, el criterio sentado por su tribunal constitucional respecto a la restricción y suspensión del ejercicio de los “derechos políticos” a quienes con motivo de sus actos u omisiones fomentaran el terrorismo (*Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna*, 2003); respecto al ejercicio de los “derechos políticos” en los que se promuevan fundamentalismos religiosos con fines violentos, destaca la sentencia del Tribunal Constitucional turco, mediante la cual limitó su ejercicio (*Refah Partisi* y su pretendida continuación a través de *Fazilet*). En cuanto a prácticas racistas, en el ejercicio de los “derechos políticos”, destacan las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos *Nixon vs. Hendon* (1927) y *Nixon vs. Condon* (1932), en las que la Corte recuerda que el ejercicio de los “derechos políticos” no incluye la libertad del órgano legislativo ni de los partidos políticos para prohibir a una raza (afroamericanos) presentarse como candidatos a las elecciones, porque ello contraviene la XIV enmienda.

Respecto a prácticas xenófobas, el Tribunal de Casación de Bélgica se pronuncia en el sentido de que las mismas constituyen límites al ejercicio de los “derechos políticos” cuando con su ejercicio se propugna clara y repetidamente por este tipo de discriminación (*case Blams Blok VB*). También se han presentado casos de excepción para el ejercicio de los “derechos políticos”. En Canadá se presentaron ejemplos de partidarios del fascismo (*War Measure Act*), también respecto a la promoción del cambio del régimen gubernamental canadiense por la vía de la violencia (*Front de Libération du Québec*). Una reserva similar con relación al ejercicio de los “derechos políticos” se encuentra también en la Corte Suprema estadounidense en el caso *Estados Unidos vs. Dermis*, en el que se justifica la limitación y restricción del ejercicio de los “derechos políticos” por conspirar para derrocar y destruir al gobierno de ese país por la vía de la fuerza y la violencia. El ejercicio de los “derechos políticos” en su vertiente de libertad de expresión, la Corte Suprema de Estados Unidos ha distinguido entre la libertad de comunicación para mantener un debate racional y crítico, respecto de su empleo con la finalidad de incitar a la comisión de delitos, en particular la oposición al reclutamiento y la rebelión o insurrección armada (*Schenk vs. United States*, 1919), lo mismo que en el caso de la manifiesta intención de cometer actos proscritos por la ley como elemento a considerar del actuar ilícito, y en consecuencia, frontera para el ejercicio de los “derechos políticos” (casos como *PCUSA; Gitlow vs. Nueva York*, así como *Chapiinsky vs. New Hampshire*).

Por su parte, en México el debate jurisprudencial sobre la protección de los “derechos políticos” como derechos susceptibles de tutela jurisdiccional se remonta desde el siglo XIX, en el que con base en el debate sobre la llamada incompetencia de origen (debate entre Ignacio L. Vallarta y José María Iglesias) se sostuvo que el Poder Judicial no debía interferir en cuestiones políticas, el cual cobró vigencia hasta finales del siglo XX (1996, 2007, 2011, 2012), en el que se implementaron mecanismos procesales para su cobertura y protección (juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, recurso de apelación, recurso de revisión, recurso de reconsideración), así como la instauración de un tribunal especializado en la materia (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación). En la actualidad, los “derechos políticos” jurisprudencialmente se les ha reconocido como derechos humanos.

Luis Espíndola Morales

477. DERECHOS POLÍTICOS (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

La voz “derechos políticos” en el ámbito regional de la jurisprudencia europea se ha venido construyendo a partir de interpretaciones que en diversos casos ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), principalmente respecto del art. 3o. del Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEPDHLEF), a partir de la cual enfatizó la necesidad de que en cada caso se evalúe la legislación electoral a la luz de la evolución del país concernido (*Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium*), lo que ha llevado a aspectos inaceptables que en el contexto de un sistema, pudieran estar justificados en otros.

Asimismo, el TEDH ha señalado que existen numerosas maneras de organizar y de implementar sistemas electorales en relación con el ejercicio de los “derechos políticos” y sus restricciones, lo que atiende a la riqueza de diferencias basadas en el desarrollo histórico, diversidad cultural y pensamiento político de los Estados (*Zdanoka vs. Latvia*).

Los “derechos políticos” como derechos subjetivos de participación política se han calificado por el TEDH como cruciales para el establecimiento y conservación de los fundamentos de una democracia auténtica, regida por el Estado de derecho (*Hirst vs. Reino Unido*). Con relación al reconocimiento y ejercicio de los “derechos políticos”, el TEDH ha señalado que ninguna parte de la jurisdicción de los Estados miembros se sustrae al imperio del convenio, de modo que su organización institucional y política debe respetar los derechos y principios inscritos en él. En relación con la naturaleza de los derechos consagrados en el art. 3o. del CEPDHLEF, el TEDH deriva los “derechos políticos” de participación, como el derecho al voto y el derecho a ser electo (*Partido Comunista Unificado vs. Turquía*).

Respecto a las medidas restrictivas o limitaciones de “derechos políticos”, el TEDH ha reconocido que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación nacional para establecer limitaciones implícitas, pero corresponde al TEDH determinar, en última instancia, si se ha cumplido con los requerimientos del Protocolo núm. 1, y en su caso, establecer si estos no restringen los derechos en cuestión, al grado de hacer nugatoria su esencia y privarlos

de efectividad. Estos límites o restricciones deben estar previstos en ley; perseguir uno o varios objetivos legítimos, imperativos, convincentes; no ser desproporcionados; deben procurar el orden y los principios democráticos; deben atender a la seguridad nacional, así como responder a una necesidad social imperiosa.

En cuanto al derecho a ser electo, como otro de los derechos que conforman los “derechos políticos”, el TEDH ha señalado que puede ser restringido más fácilmente que el voto activo (*Ždanoka vs. Latvia; Melnitchenko vs. Ucrania; Perkov y Otros vs. Bulgaria*). El control que el TEDH ejerce en cuanto a la interpretación de los “derechos políticos” es susceptible de modulaciones conforme a las circunstancias y contexto de cada caso. Respecto al derecho de asociación, como parte del ejercicio de los “derechos políticos”, el Protocolo núm. 1 al CEPDHLF establece el derecho de contar con elecciones libres, bajo condiciones que aseguren la libertad de expresión y opinión de los ciudadanos. Al respecto, TEDH ha señalado que el mismo derecho es aplicable a asociaciones como los partidos políticos y que la negativa de registro ante la autoridad electoral competente puede constituir una violación a este derecho (*Presidential Party of Mordovia vs. Russia*).

Asimismo, el TEDH reconoce que la democracia, uno de los pilares sobre los que descansa el reconocimiento de los derechos del hombre, ha de garantizar el pluralismo político como valor esencial en ese sistema, junto con el libre debate de las ideas; sin embargo, como la mayoría de los derechos humanos, los “derechos políticos” no son absolutos. Así, el TEDH recuerda que la sociabilidad del hombre implica que no existe derecho fundamental alguno ajeno a su relación con los demás, de modo que no se puede realizar un ejercicio ilimitado de estos.

Igualmente, con respecto a la democracia, el TEDH sostiene que el ejercicio de tales derechos puede, inclusive, resultar incompatible con la forma de organización de un Estado; este tipo de manifestaciones deben ser toleradas, siempre y cuando no estén encaminadas a dañar la esencia de ese régimen. En diversas de sus sentencias, el TEDH se ha pronunciado sobre esos límites a los “derechos políticos”, en temas como la prevalencia de una clase social sobre las demás (*Partido Comunista Unificado de Turquía —TBKP— vs. Turquía*); fundamentalismos religiosos y laicidad (*Refah Partisi vs. Turquía; Kavakçi vs. Turquía*); terrorismo (*Herri Batasuna y Batasuna vs. España; Etxebarria y otros vs. España; Herritarren Zerrende vs. España*); la pertenencia y activa participación en grupos políticos golpistas (*Ždanoka vs. Latvia*); entre otros.

La jurisprudencia del TEDH ha reiterado que el sistema del convenio protege derechos reales y efectivos y no ilusorios conforme a un principio de protección colectiva y de enjuiciamiento efectivo de los derechos (*Ártico vs. Italia; Mc Cann vs. Reino Unido*, así como *Korestky y otros vs. Ucrania*). El Código de Buena Conducta en Materia Electoral de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa reconoce que el sufragio puede ser un derecho o un deber, siendo una opción del legislador configurar o no el voto como obligatorio; no hay pronunciamiento al respecto por el TEDH. En cuanto a la exclusión automática del sufragio a los condenados, el TEDH ha admitido que no existe un consenso normativo europeo al respecto, parte entonces a la búsqueda de un *common background*.

Luis Espindola Morales

478. DERECHOS POLÍTICOS (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Los “derechos políticos” en el ámbito interamericano están previstos en el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los cuales implican, entre otros aspectos, el derecho a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, así como al de acceder a las funciones públicas. El contenido y alcances de estos derechos han sido objeto de interpretación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La CIDH ha señalado que los “derechos políticos” propician el fortalecimiento de la democracia y fomentan pluralismo político (*Yatama vs. Nicaragua*).

En los “derechos políticos”, conforme a la jurisprudencia interamericana, se encuentran: el de participación política, que puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como el de influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa. En cuanto al derecho a ser elegido y el de votar, la CIDH ha señalado que están íntimamente ligados entre sí, y constituyen la expresión de las dimensiones tanto individual como social de la participación política (*Yatama vs. Nicaragua; Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*).

Para la CIDH, el Estado tiene el deber de garantizar el goce de los “derechos políticos”, deber que no se satisface únicamente con la expedición de la norma que los reconozca formalmente, sino que para ello se requiere que el propio Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran determinados sectores o grupos sociales (*Yatama vs. Nicaragua y Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*).

Los “derechos políticos” no deben limitarse en cuanto a su alcance pleno, de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de esta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria esa participación; lo que privaría a los “derechos políticos” de su contenido esencial. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los “derechos políticos” no constituyen por sí mismo una restricción indebida. La CIDH ha establecido que los “derechos políticos” no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones; su reglamentación debe observar, al menos, los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. Las restricciones a los “derechos políticos” deben preverse en una ley; no ser discriminatorias; basarse en criterios razonables; atender a un propósito útil y oportuno que torne necesaria esa norma, y estar encaminadas a satisfacer un interés público imperativo y proporcional a ese objetivo (*Yatama vs. Nicaragua*). Para la CIDH, la democracia representativa es determinante en todo sistema, constituye “un principio” reafirmado por los Estados americanos y previsto en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). La relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos, en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. El Estado tiene la obligación de garantizar, con medidas positivas, que toda persona que formalmente sea titular de “derechos políticos” tenga la oportunidad

real para ejercerlos; para ello, señala la CIDH, es indispensable que el Estado genere condiciones y mecanismos óptimos para que los “derechos políticos” puedan ejercerse de forma efectiva. En ese sentido, la CIDH ha expuesto que la CADH se limita a establecer determinados estándares, dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los “derechos políticos”. El ejercicio de los “derechos políticos”, en su vertiente de acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, está referido tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

En cuanto a la posibilidad de que los Estados puedan reglamentar el ejercicio de los “derechos políticos”, exclusivamente en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal, la CIDH ha sostenido que la finalidad de estas previsiones es evitar la discriminación de los individuos en el ejercicio de los “derechos políticos”, aunado a que se trata de la imposición de condiciones habilitantes que la ley puede imponer para su ejercicio, las cuales son comunes en la región. La CADH impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas encaminadas a cumplir con la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los “derechos políticos”, así como el deber de adoptar medidas en su derecho interno. Para que los “derechos políticos” puedan ejercerse, los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones, formalidades y directrices que hagan posible el ejercicio de esos derechos, como el de votar y ser votado. La obligación de los Estados de garantizar los “derechos políticos” resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y de la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el art. 23 de la CADH. Sin esa acción, en términos de la CIDH, los “derechos políticos”, como también otros previstos en la CADH (protección judicial), son derechos que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque por su misma naturaleza resultarían inoperantes sin una detallada regulación normativa, e incluso sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*). La obligación de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los “derechos políticos”, reconocidos en la CADH, también implica el deber de organizar el aparato gubernamental y sus estructuras, a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público. Así, para la CIDH los titulares de los “derechos políticos” son los ciudadanos (*López Mendoza vs. Venezuela*).

La CADH ha establecido lineamientos generales que determinan el contenido de un mínimo “derechos políticos” y permite a los Estados, para que dentro de los parámetros convencionales, que los regulen de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las cuales pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad en distintos momentos históricos (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*). Un ejemplo de lo anterior se presenta en América Latina (*Efraín Ríos Mont vs. Guatemala*), región en la cual, por su pasado dictatorial e inestabilidad política, es frecuente constatar que leyes de la región centro y sudamericana impiden el libre ejercicio

de los “derechos políticos” a los rebeldes, dictadores, golpistas o represores, quienes en su momento causaron lesiones graves a los derechos humanos; por ello, la CIDH ha validado condiciones de inelegibilidad para quienes actúan en esos contextos, con base en que las limitaciones o prohibiciones para el ejercicio de los “derechos políticos” constituye una norma de defensa común internacional para la consolidación democrática de la región.

Luis Espíndola Morales

479. DERECHOS POLÍTICOS DE LAS MUJERES (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Un primer antecedente de la regulación internacional de los derechos políticos de las mujeres en América Latina lo constituye, por un lado, la Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Políticos a la Mujer (Bogotá, 1948) y, por el otro, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (Nueva York, 1953). Ambos textos centran su atención en los derechos a votar y ser votadas, estableciendo que el género no puede ser condicionante de reconocimiento de los mismos, que corresponden a todas las personas que gozan de la ciudadanía. De ahí que las mujeres deben tener el mismo derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, también llamada Pacto de San José), documento que dio pie a la construcción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fue adoptada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969 y estableció dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la primera (creada en 1959) reconoce, de manera absoluta, la igualdad entre el hombre y la mujer, y condena cualquier discriminación que atente contra ella en todas sus formas. Tal es el caso de los demás instrumentos básicos de nuestro sistema regional: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará, 1994) y la Carta Democrática Interamericana (2001).

En especial, la CADH establece en su artículo 1.1 que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin 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.” Asimismo, en el artículo 16.1 precisa que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines políticos, entre otros.

El artículo 23 de la misma (“Derechos Políticos”) establece puntualmente tales derechos, al estipular que “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de 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, y c) de tener acceso, en condiciones generales

de igualdad, a las funciones públicas de su país”, mientras que el artículo 24 preceptúa que todas las personas son iguales ante la ley.

Por su parte, la Convención de Belém do Pará establece en su artículo 4 que “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: [...] f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley [...] y; j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones”.

Finalmente, la Carta Democrática Interamericana establece, en su artículo 28, que los Estados promoverán la plena e igualitaria participación de la mujer en las estructuras políticas de los respectivos países como elemento fundamental para la promoción y ejercicio de la cultura democrática.

Del análisis de las disposiciones que integran el Sistema Interamericano se advierte que este protege con toda su fuerza la igualdad de derechos entre las mujeres y los hombres, y obliga a los Estados a adoptar medidas necesarias (que incluso pueden ser más amplias que las previstas por los instrumentos internacionales) para lograr la igualdad real.

Por último, es necesario señalar que en un número importante de ordenamientos jurídicos de origen nacional en los Estados americanos ha transitado en la vía de constitucionalizar o legalizar un conjunto de acciones positivas con el propósito de fomentar y reforzar la participación de las mujeres en el ámbito político (en la década de 1990, un total de 13 países habían introducido en sus legislaciones medidas para promover la participación política de las mujeres, habida cuenta del reducido número de ellas en los cargos públicos de más alto nivel [Villanueva, 2007]). Los Estados —no solo los latinoamericanos— han optado por la aplicación de una fórmula tripartita a fin de establecer las cuotas de género para ampliar la participación política de las mujeres. La reserva de un número determinado de curules, cuotas partidistas y cuotas legislativas, siendo esta última opción la que puede considerarse determinante en América Latina.

Vale destacar dos asuntos admitidos por la Comisión Interamericana, en los que se hicieron valer presuntas vulneraciones al derecho a la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad: *María Merciadri de Morini vs. Argentina*, mediante el Informe 103/01 de 11 de octubre de 2001, y *Janet Espinoza Feria y otras vs. Perú*, mediante Informe 51/02 de 10 de octubre de 2002. Ambos permitieron establecer la competencia de la Comisión para conocer de presuntas violaciones a los derechos políticos de las mujeres ante el incumplimiento de normas sobre cuotas electorales.

En ese contexto, la Corte Interamericana seguramente jugará, en un futuro, un papel de suma importancia en las resoluciones que en su caso pudiese llegar a adoptar sobre estos temas fundamentales (Caballero Ochoa y Rábago Dorbecker, 2014, pp. 574-578).

Janine M. Otálora Malassis

480. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

La noción de derechos reproductivos se acuñó en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y en la Cuarta Conferencia

Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), gracias a un notable cambio de paradigma en el tratamiento de la reproducción humana, que abandonaba el tradicional enfoque centrado en las políticas de control poblacional y pasaba a considerar a la sexualidad y la reproducción como una cuestión inextricablemente unida a la salud y, en el caso de las mujeres, al desarrollo de su autonomía personal.

El Programa de Acción de El Cairo hacía así expresa mención, en su punto 7.3, a los derechos reproductivos, subrayando que “se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y de cada persona a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva” (Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, 1994).

En los últimos años, distintas iniciativas de Naciones Unidas han subrayado la relación entre la garantía de estos derechos y el desarrollo sostenible. Así, dos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, fijados por la Asamblea General de las Naciones Unidas para ser alcanzados en 2015, estaban directamente relacionados con los derechos sexuales y reproductivos, al centrarse en la salud materna y la lucha contra el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) (Declaración del Milenio, 2000). En la misma línea, los Objetivos de Desarrollo Sostenible, adoptados en la Cumbre de Desarrollo Sostenible (Nueva York, 2015), vuelven a hacer hincapié en esa conexión. El “Objetivo 3: Salud y Bienestar” hace referencia expresa a la salud materna y la lucha contra el VIH, mientras que el “Objetivo 5: Igualdad de género” subraya la dimensión de género de los derechos sexuales y reproductivos, al incluir entre sus metas la garantía de estos derechos (Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2015).

A partir de este reconocimiento internacional, la doctrina más generosa ha llegado a identificar hasta 12 derechos sexuales y reproductivos, que incluirían los derechos a: no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo; a la salud reproductiva; a estar libre de explotación sexual y de violencia basada en el sexo y el género; a decidir sobre el número y el intervalo de los hijos; a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias sobre las funciones reproductivas; a no ser discriminado en la esfera de la vida y la salud reproductiva; al matrimonio y a fundar una familia; al empleo y a la seguridad social, incluyendo un derecho a la protección legal de la maternidad en el ámbito laboral, a disfrutar de un ambiente laboral libre de acoso sexual, a no ser discriminada por razón de embarazo o maternidad y a no ser despedida por causa de embarazo; a la educación en materia sexual y reproductiva; a recibir información sobre los derechos y las responsabilidades en materia de sexualidad y reproducción; a no sufrir costumbres que perjudican la salud reproductiva; y, finalmente, a disfrutar del progreso científico en el ámbito de la reproducción humana (Gebhard y Trimino, 2012).

En la actualidad, ningún instrumento internacional recoge de forma ordenada todos estos derechos sexuales y reproductivos, de modo que la doctrina y distintos tribunales y organismos internacionales los han deducido a partir de derechos más tradicionales. En el marco del sistema de las Naciones Unidas, el reconocimiento de estos derechos se ha ligado al derecho a la vida

(arts. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP— y 6 de la Convención de los Derechos del Niño [CDN]), que incluiría los derechos a: no morir por causas relacionadas con el parto o postparto; a la salud, en su vertiente de salud reproductiva (arts. 10 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC], 12 y 14 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW] y 24 CDN); a la integridad y la libertad y seguridad personales (arts. 7 y 9 PIDCP y 37 CDN); a no sufrir violencia de género (arts. 5 y 6 CEDAW y 19 y 34 CDN); a decidir el número y espaciamiento de los hijos (art. 16 CEDAW); a la vida privada (arts. 17 PIDCP y 16 CDN); a no ser discriminado (arts. 2 PIDCP, 2 PIDESC, 1, 3 y 11 CEDAW y 2 CDN); a contraer matrimonio (arts. 23 PIDCP, 16 PIDESC y 16 CEDAW); a la seguridad social y a la protección de la maternidad en el trabajo (arts. 6 y 7 PIDESC y 11 CEDAW); a no sufrir costumbres que dañen la salud de las mujeres, inclusive la salud sexual y reproductiva (arts. 2 y 5 CEDAW y 24 CDN); a la educación y la información (arts. 13 y 14 PIDESC, 23 y 28 CDN y 10 CEDAW), y a beneficiarse del progreso científico (arts. 7 PIDCP y 15 PIDESC) (para mayor desarrollo véase Gebhard y Trimino).

En el marco de los sistemas regionales, el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África (2003) destaca por su reconocimiento expreso de un importante elenco de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres (art. 5, erradicación de costumbres perjudiciales, como la mutilación genital; art. 6, derecho a la igualdad en el matrimonio y prohibición del matrimonio forzoso e infantil; art. 13, protección en el trabajo; art. 14, derechos sexuales y reproductivos).

En el marco del Sistema Interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace expresa referencia al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (art. 17) y el Protocolo de San Salvador garantiza la protección de las madres trabajadoras (art. 9) y de la familia (art. 15). Aun sin hacer referencia explícita a los derechos sexuales y reproductivos, la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer debe ser también citada por la trascendencia que tiene el reconocimiento del derecho a no sufrir violencia basada en el sexo o género en relación con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Con las mimbres que les proporcionan estos instrumentos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se han pronunciado sobre determinados derechos sexuales y reproductivos, como el derecho a no sufrir violencia sexual (Corte IDH, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, núm. 205); el derecho a no sufrir violencia de género a manos de la pareja (CIDH, *María da Penha vs. Brasil*, informe de 16 de abril de 2001); la prohibición de esterilizaciones forzosas (Corte IDH, caso *I.V. vs. Bolivia*, sentencia de 30 de noviembre de 2016, núm. 329); la interrupción voluntaria del embarazo (CIDH, *Ramírez Jacinto vs. México*, informe de 9 de marzo de 2007), o la fecundación asistida (Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, núm. 257).

En el marco del Sistema Europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos hace referencia expresa únicamente al derecho al matrimonio y a fundar una familia (art. 12), mientras que la Carta Social Europea revisada

garantiza la especial protección de las madres y mujeres trabajadoras, inclusive frente al acoso sexual en el ámbito laboral (arts. 8, 20, 26 y 27), así como la protección de la familia (art. 16). No obstante, a partir de otros derechos reconocidos en el Convenio, el Tribunal Europeo ha desarrollado una nutrida jurisprudencia en materia de derechos sexuales y reproductivos al pronunciarse sobre violencia y explotación sexual (caso *M.A. vs. Eslovenia*, sentencia de 15 de enero de 2015, núm. 3400/07); asistencia sanitaria durante el parto y el posparto (caso *Dubská y Křejzová vs. República Checa*, sentencia de 11 de diciembre de 2014, núms. 28859/11 y 28473/12); esterilizaciones forzadas (caso *V.C. vs. Eslovaquia*, sentencia de 8 de noviembre de 2011, núm. 18968/07); interrupción voluntaria del embarazo (caso *A, B y C vs. Irlanda*, sentencia de 16 de diciembre de 2010 [Gran Sala], núm. 25579/05), y fecundación asistida (caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*, sentencia de 24 de enero de 2017 [Gran Sala], núm. 25358/12).

María Díaz Crego

481. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Los derechos sexuales y reproductivos suelen ser nombrados en conjunto, pero sobre ello cabe hacer precisiones, pues el ejercicio de la sexualidad no necesariamente conlleva la reproducción, y aunque esto es una opción y, por ende, se ejerce la autonomía reproductiva, se debe aclarar que el ejercicio del derecho a la reproducción puede realizarse sin ejercer un derecho sexual, como es el caso del acceso a las técnicas de reproducción asistida.

Es decir, mientras que el ejercicio de la sexualidad conlleva el ejercicio de la libertad reproductiva, el ejercicio de la libertad reproductiva puede implicar el ejercicio de la libertad sexual, pero no siempre. En este sentido, es importante entender que aunque su relación es específica e intrínseca, también es posible analizarlos de manera separada.

Los derechos sexuales se refieren a la libertad que tienen todas las personas de ejercer y expresar la sexualidad sin ningún límite arbitrario, obstáculo o discriminación. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido la libertad sexual como “el respeto hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, el reconocimiento a la posibilidad de obtener placer y tener experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia”.

Los derechos reproductivos implican la libertad de todas las personas de decidir si desean o no reproducirse, cómo, con quién, en qué momento y en qué circunstancias. En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) se determinó que “los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los instrumentos de derechos humanos.

En el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido una serie de sentencias relacionadas con estos

derechos, en las cuales se han desarrollado criterios muy relevantes para la conformación del *ius commune*. Como podrá observarse, el desarrollo ha sido constante y progresivo, fundamentado en la autonomía individual y el principio de dignidad del que parten todos los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Sobre la orientación sexual. En febrero de 2012 se publicó la sentencia del caso *Karen Atala e hijas vs. Chile* en la cual la Corte IDH estableció que la orientación sexual forma parte de las categorías sospechosas que reconoce el artículo 1.1 de la CADH, ello al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” de dicho artículo. Asimismo, se reconoció el derecho a la expresión de la sexualidad, lo que implica el reconocimiento de la autonomía.

En febrero de 2016, la Corte resolvió el caso *Duque vs. Colombia*, en el que reiteró dichos criterios y argumentó que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, en modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Este criterio fue reiterado unos meses más tarde, en agosto de 2016, en el caso *Flor Freire vs. Ecuador*; al que además agregó que el derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas.

Sobre la libertad sexual. En marzo de 2018, la Corte IDH publicó la sentencia del caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, en el que resolvió la violación de una menor de edad. Este fallo resulta muy relevante, pues se declara responsable al Estado por no haber garantizado la debida diligencia en las investigaciones del delito de violación sexual, obligación que se desprende de los artículos 8 y 25 de la Convención de Belém do Pará. Si bien no es el primer asunto que refiere los estándares para casos de violencia sexual en contra de mujeres (otros ya han tratado esa cuestión: *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, *Fernández Ortega y otros vs. México*, *Espinoza González vs. Perú* y *Favela Nova Brasília vs. Brasil*), explica que las medidas especiales de protección que el Estado debe adoptar se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, por lo que establece criterios reforzados para el cumplimiento del deber de debida diligencia.

En noviembre de 2018 se publicó la sentencia del caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, en el que se encontró al Estado responsable de la violencia sexual sufrida por varias mujeres en el contexto de un enfrentamiento sucedido en la población de Atenco, Estado de México. En el fallo, la Corte IDH reitera sus criterios respecto a casos que involucran alguna forma de violencia sexual y precisa que las violaciones a la integridad personal conllevan la afectación de la vida privada de las personas, protegida por el artículo 11 de la CADH, la cual abarca la vida sexual o sexualidad de las personas, y condena especialmente la violación sexual de una mujer que se encuentra detenida o bajo la custodia de un agente del Estado como un acto especialmente grave y reprochable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente.

Sobre los derechos reproductivos. El caso seminal sobre los derechos reproductivos fue *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. En este, la Corte IDH determina que Costa Rica vulnera los derechos de varias parejas que no han logrado acceder a la técnica de la fertilización *in vitro* para conformar una familia, debido a que

la ha prohibido absolutamente. Se reconoce que el derecho a la vida privada y a la familia, contenidos en la CADH, implican la protección y garantía de la autonomía reproductiva; asimismo, que la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave de la autonomía y la libertad reproductiva.

En *I. V. vs. Bolivia*, la Corte IDH se ocupó de la responsabilidad del Estado en una situación de esterilización forzada y determinó que el derecho a la familia y vida familiar reconocido en la CADH comprende el derecho a fundar una familia e incluye como componente el derecho a procrear. A partir de ello, relaciona estos derechos con el derecho a la intimidad y la autonomía, mismas que a su vez requieren de información suficiente para tomar decisiones. Este asunto hace una relación importante entre la autonomía reproductiva y el derecho al consentimiento informado, pues, se insiste, la ausencia de información implica una barrera para el ejercicio pleno de este derecho y un impedimento para la toma de decisiones de forma libre y plena.

Como puede observarse, la CADH no reconoce los derechos sexuales y reproductivos de manera textual, sino que se han interpretado e integrado pretorianamente a partir del derecho a la vida familiar y a la intimidad, así como del derecho a la salud y, por supuesto, del derecho a la igualdad y no discriminación.

Geraldina González de la Vega

482. DERECHOS SINDICALES

Los derechos sindicales se encuentran íntimamente ligados al derecho de asociación, ya que los sindicatos constituyen una de las posibles asociaciones que las personas tienen derecho a constituir o abandonar libremente, y a las que pueden pertenecer o no, si no se desea. La especificidad de los derechos sindicales consiste en que esta serie de libertades se da en el contexto de una relación laboral.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el artículo 23, que regula el derecho al trabajo y las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, que “toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses” (numeral 4).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en vigor desde el 16 de diciembre de 1966, abarca de manera más extensa el contenido de los derechos sindicales, incluyendo el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección con la finalidad de promover y proteger sus intereses económicos y sociales, con la única limitación de los estatutos del propio sindicato (art. 8.1.a).

Este precepto, además de reconocer el derecho individual de fundar y afiliarse a sindicatos, reconoce derechos colectivos de los propios sindicatos, tales como: “a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de estas a fundar organizacio-

nes sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”.

Como puede apreciarse de tales preceptos, los derechos sindicales abarcan derechos tanto individuales como colectivos.

Lelia Jiménez Bartlett

483. DERECHOS SOCIALES (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

La jurisprudencia mexicana sobre los derechos sociales avanza en forma convergente para lograr la adjudicación de su contenido como normas constitucionales plasmadas desde 1917 y expandidas con las reformas de 2011, en confluencia con la ampliación de los actos y omisiones justiciables para individuos y grupos mediante la Ley de Amparo de 2013. En su dimensión actual, la jurisprudencia sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) se apoya en la Constitución y también en las normas de los tratados internacionales; las interpretaciones e informes de los comités de la Organización de las Naciones Unidas (p. ej., el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus observaciones generales, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño); en las Convenciones de la OIT (particularmente la 169), y en la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para lograr que los derechos sociales tengan el efecto que se espera y cumplan con los fines de la carta magna, todo sistema constitucional tiene un modelo de control para someter a la regularidad constitucional los actos, omisiones y normas generales de los poderes públicos, y ahora de los privados. En este sentido, el sistema mexicano cuenta con un modelo amplio de exigibilidad por medio del juicio de amparo y de las acciones de inconstitucionalidad, que son los mecanismos gracias a los cuales los derechos sociales han vertebrado su fuerza normativa por su origen y contenido material, su obligatoriedad hacia todos los operadores, la proyección multidimensional de la dignidad humana (como objeto del Estado constitucional) y la garantía judicial y política de su protección.

El modelo mexicano de justiciabilidad de los derechos sociales parte de los principios de interdependencia, progresividad y legitimación activa, esta última no solo reconocida a individuos, sino también a grupos, ambos con intereses jurídicos y legítimos que han podido reclamar los DESCAs con nuevas directrices para grupos de consumidores, empleadas domésticas, comunidades indígenas y grupos de la sociedad civil. La agenda mexicana de derechos sociales está creando una “demosprudencia” integrada por las interpretaciones y procesos constitucionales instados por agrupaciones e individuos que buscan orientar las decisiones jurisdiccionales y políticas hacia la justicia social. Esta agenda se halla en construcción y enriquecimiento conceptual mediante la aplicación de la Constitución y los tratados internacionales.

Así, antes de 2011, el enfoque predominante de la exigibilidad de los derechos sociales era supeditarlos a las políticas públicas. Como llanero solitario,

previo a la citada reforma, existió un precedente de amparo que ya anunciaba la cualidad autoritativa del artículo 4 constitucional. Destaca, por ejemplo —desde 2007, tristemente cumplida hasta 2017—, la sentencia del caso *Mini Numa* (comunidad pobre de la sierra de Guerrero) en la que se reconoció el derecho de esta comunidad indígena a contar con servicios médicos elementales en una clínica de salud. Desde aquel entonces se aludió al derecho internacional como norma vinculante, pero el poslitigio dio cuenta de la débil garantía procesal y de las reiteradas evasivas del poder ejecutivo para retrasar el cumplimiento de la sentencia de amparo.

Educación y salud. En materia de control y rendición de cuentas, como muestra de la coyuntura entre derechos sociales y la legitimación colectiva para someter a rendición de cuentas al poder político, un asunto relevante es el amparo indirecto 323/2014. En la sentencia se reconoció la legitimación de una organización de la sociedad civil para reclamar a las autoridades educativas el uso adecuado de ciertas partidas y la fiscalización de los recursos públicos.

En materia de educación, concatenada a la buena alimentación, un asunto novedoso en el que se reafirmó la importancia del derecho a la salud colectiva fue el amparo indirecto 1/2015, en el que la empresa quejosa (Embotelladora del Fuerte-Coca-Cola) impugnó diversos preceptos de la Ley General de Educación, por considerar que su libertad de trabajo fue limitada mediante la prohibición de venta de sus bebidas en las escuelas del sistema nacional de educación.

En el amparo indirecto 750/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), promovido por estudiantes de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH), surgieron cuatro importantes criterios de jurisprudencia. La tesis 1a./J. 86/2017 (10a.) de rubro “Principio de progresividad. Es aplicable a todos los derechos humanos y no solo a los llamados económicos, sociales y culturales” reafirma el carácter vinculante del artículo 1 como principio irradiador para todos los derechos sin hacer distinciones conceptuales. La tesis 1a./J. 85/2017 (10a.) fija los alcances del principio de progresividad de los derechos humanos, de tal manera que: “En sentido positivo, del principio de progresividad derivan para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente”. Por su parte, la tesis 1a./J. 84/2017 (10a.) versa sobre la posibilidad de que el “derecho a la educación universitaria se pueda implantar progresivamente de forma gratuita”, pues es bien sabido que el artículo 3 constitucional da autonomía para que las universidades fijen sus parámetros de admisión. Finalmente, el amparo 750/2015 estableció también los límites al principio de progresividad, al señalar en la tesis 1a./J. 87/2017 (10a.) que el “Principio

de progresividad de los derechos humanos. La prohibición que tienen las autoridades del Estado mexicano de adoptar medidas regresivas no es absoluta, pues excepcionalmente estas son admisibles si se justifican plenamente”.

Medioambiente. Un caso reciente que demuestra la posibilidad de controvertir actos de autoridades y particulares en detrimento del medioambiente es el relleno del manglar de Tajamar (Cancún). Gracias a la intervención de grupos de litigio estratégico y del consenso social para proteger los manglares como fuente de vida anfibia, se promovió un amparo que concedió la suspensión provisional de las obras de remoción de vegetación y relleno por el daño irreparable a todo el ecosistema y del derecho colectivo-humano a un medioambiente limpio. En armonía con lo dispuesto por el artículo 4 constitucional, el fundamento para conceder la suspensión surgió de los principios de protección preventiva (*in dubio pro natura*), previstos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, tal como se desprende del recurso de queja 23/2016 (resolución de 28 de enero de 2016, pp. 30-34). Los argumentos también señalan la importancia de la protección al medioambiente y las especies endémicas de flora y fauna dañadas por la obra.

En el tema de las políticas públicas a favor del medioambiente y la salud, un juez de distrito emitió una sentencia estructural sobre la excesiva contaminación de una zona lacustre y turística de la Ciudad de México. Mediante acción colectiva promovida por pobladores de la zona en el amparo indirecto 267/2014, diversas autoridades locales y federales fueron condenadas por “su omisión de adoptar todas las medidas a su alcance para restaurar ecológicamente y sanear los canales del Barrio de San Miguel producto del daño generado sobre todo por el vertimiento de aguas residuales provenientes del Río Ameca” (sentencia de 21 de octubre de 2016). Este amparo puede ser punta de lanza para condenar a otras autoridades cuyas omisiones permiten el deterioro permanente del medioambiente.

Otro amparo esencial para el futuro de la protección al medioambiente fue el amparo en revisión 307/2016, resuelto por la Primera Sala de la SCJN en contra de los megaproyectos de desarrollo inmobiliario municipal, y de Coca Cola, en las 175 hectáreas de humedales y manglares de la Laguna del Carpintero, en Tampico. Mediante interés legítimo, debido a que habitan en la zona y disfrutan de los servicios ambientales del manglar de dicha laguna, las quejas demandaron la cancelación de las licencias y permisos de construcción para la realización del “Parque Ecológico Centenario”. La Primera Sala de la SCJN, a través de su razonamiento, expuso las concepciones de la autonomía del medioambiente como un bien jurídico fundamental dentro del cuerpo normativo nacional, internacional e interamericano que, bajo su dimensión colectiva e individual, impone a los Estados deberes positivos de protección. En este sentido, la Sala reconoce el valor del medioambiente —y los servicios que presta a los individuos y la sociedad— como un bien jurídico protegible en sí mismo, de modo que explicita el principio de precaución (*in dubio pro natura*) previsto en el artículo 15 de la Convención de Río sobre el Medio Ambiente, y señaló que opera bajo los subprincipios de anticipación y pauta interpretativa (en relación con la administración pública implica el deber de advertir, regular, controlar, vigilar o restringir ciertas actividades que son riesgosas para el medioambiente) y bajo la línea del concepto de riesgo ambiental, que significa que “una vez identificado el riesgo, la falta de prue-

bas científicas o técnicas no es motivo para no tomar las medidas necesarias para salvaguardar el medio ambiente” (ejecutoria del amparo en revisión 307/2016, de 14 de noviembre de 2018, párrs. 90-104). Los efectos de la sentencia fueron estructurales, pues la Primera Sala ordenó a las autoridades responsables detener la obra y comenzar la recuperación de los servicios ambientales del ecosistema (e incluyó a otras competentes en materia ambiental, con metas a corto y largo plazo). Para tal efecto, ordenó la creación de un proyecto de recuperación del manglar en la Laguna del Carpintero que cuente con metas, cronograma, medidas de participación a favor de las quejas y financiamiento público (párrs. 272-282).

En materia de salud y medioambiente, la jurisprudencia mexicana sigue las tendencias de la Corte Interamericana. A mediano plazo, será interesante visualizar la influencia de la opinión consultiva OC-23/17 dictada por esta, en la que se propone un enfoque progresista al reconocer el derecho a la información ambiental como parte de la política pública y la legislación de los Estados, así como la obligación de prevenir daños transfronterizos, regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción con el objeto de proteger la vida, la salud y la integridad personal.

Derechos colectivos de los consumidores. Otro amparo social en construcción jurisprudencial es el 2244/2014, en el que un grupo de consumidores alegó que la publicidad de una empresa —que vende zapatillas deportivas— no cumplía con los requisitos previstos en el artículo 28 constitucional y en la ley del consumidor relativos a la veracidad, información y comprobación a favor del consumidor y que, contrario a ello, la publicidad era engañosa, falsa e inducía al error al consumidor. La SCJN reconoció que en este tipo de acciones colectivas debe aplicarse el principio *favor debilis* en materia de pruebas a favor de los consumidores (amparo directo en revisión 2244/2014, sentencia de 11 de marzo de 2015, párrs. 138-141).

Otro frente de acciones colectivas indígenas contra actividades agroindustriales lo constituye el amparo 198/2015 (y sus acumulados), en el que un grupo de comunidades mayas pidió la anulación del permiso otorgado a la transnacional Monsanto para sembrar soya genéticamente modificada. El amparo logró que se estudiara la omisión de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados de no considerar un mecanismo de consulta efectivo a favor de los grupos de apicultores mayas afectados por la siembra de soya en un perímetro de 500 hectáreas de terrenos colindantes a los suyos.

Derechos laborales. En el amparo directo en revisión 9/2018 (resuelto por la Segunda Sala de la SCJN), una empleada doméstica reclamaba el pago de todas las prestaciones constitucionales y legales que le correspondían por 50 años de trabajo. La sentencia, cuyos efectos son estructurales, podría beneficiar a todo el universo de empleadas domésticas, pues “la Sala advirtió que en virtud de la falta de acceso a los servicios médicos, de seguridad social, fondo de ahorro, puntaje para vivienda y otras prestaciones laborales se encuentra en aptitud de examinar de manera integral la regulación que atañe a la seguridad social de los trabajadores domésticos; y en consecuencia hizo del conocimiento del IMSS esa situación discriminatoria y ordenar que dentro de un plazo prudente (primer semestre de 2019), implemente un programa piloto que tenga como fin diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar” que tome en cuenta las particularidades del

trabajo y sea obligatorio. Así, la posición que adopta la SCJN cambia totalmente la visión que se tiene del amparo directo como un recurso de casación con efectos *erga omnes*. Es importante mencionar que la acción laboral que dio origen al amparo no fue colectiva, es decir, se trató de un procedimiento individual, por lo que —aparentemente— no se trataba de un grupo con interés jurídico o interés legítimo que compartiera un problema común y que se vieran afectados en sus derechos.

Estos son, en parte, los nuevos casos de justiciabilidad de derechos sociales, cuya jurisprudencia, en la SCJN y en los tribunales federales, se halla en pleno crecimiento y expansión.

Isaac de Paz González

484. DERECHOS SOCIALES (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El modelo europeo de protección de los derechos sociales tiene sus antecedentes en el Consejo de Europa y la Carta Social Europea (CSE) adoptada en 1961 y revisada en 1996. Los principios que guían la acción del Consejo de Europa son la democracia, el imperio del derecho y el respeto a los derechos humanos. La CSE fundó el Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR, por sus siglas en inglés), y tutela los siguientes derechos sociales: educación, vivienda (normas para su acceso, evitar lanzamientos, reducir el número de personas sin hogar), protección social y legal, salud, protección contra la pobreza y exclusión social, libertad de tránsito e inmigración, cuidado de las personas mayores, etc. Los Estados parte establecen, como parte de su política, la creación de medios adecuados en el plano nacional e internacional y las condiciones de acceso a los derechos sociales. En la parte II, la CSE establece qué tipo de obligaciones son vinculantes para los Estados, y señala que son respecto de los derechos laborales colectivos, los derechos de las trabajadoras, la remuneración equitativa del trabajo, los derechos de orientación y formación profesional, las medidas adecuadas para la protección de la salud, la asistencia social, el derecho a ejercer una profesión en el territorio de otros Estados, la igualdad de oportunidades de empleos, el derecho a la mejora de las condiciones de trabajo y el derecho a una vivienda adecuada.

La CSE contempla un procedimiento de reclamaciones colectivas (parte IV) que solo vincula a los Estados que hayan ratificado el Protocolo Adicional a la Carta, de 1995. El sistema de quejas reconoce legitimación activa a organizaciones nacionales e internacionales de empleadores y entidades consultivas reconocidas por el Consejo de Europa para reclamar la aplicación insatisfactoria de la CSE. La reclamación se hace por escrito, precisando la parte de la CSE que ha sido incumplida (art. 4 del Protocolo); el procedimiento de reclamación colectiva es incoado por cualquier organización reconocida por el Consejo de Europa. Las reglas precisas para la tramitación de la queja están dispuestas en la parte VIII del Reglamento del ECSR en los capítulos I a III, que establecen el examen de la admisibilidad de la queja; posteriormente, determina dar vista a las partes (para que remitan sus observaciones por escrito) y llevar a cabo una audiencia en la que se escucha los planteamientos de las partes y, finalmente, llevar a cabo las deliberaciones donde el Comité emitirá la decisión de fondo para reconocer, o no, la violación a los preceptos de la CSE.

Una muestra de la exigibilidad de los estándares vitales (influenciados por las normas internacionales y las directrices de la CSE), que da viabilidad al concepto de “pisos de protección social”, se puede verificar en la decisión del ECSR *Finnish Society of Social Rights vs. Finlandia*. En ella, Finnish Society alegó que Finlandia no tiene un sistema de protección efectivo de salud y de seguridad social: “In the view of current level of basic minimum level of social security the situation in Finland is not in accordance with the Treaty along the opinion of our Association. Several basic minimum benefits on which many Finnish people has to live on are under the level the Treaty presupposes” (núm. 88/2012, 21 de enero de 2013). En su decisión, el Comité resolvió que se actualizan violaciones a los artículos 12.1 y 13.1 de la CSE a causa de la reducción de la pensión a 40% del ingreso medio que no corresponde a las obligaciones ahí previstas, por lo que la reducción impactaba negativamente en los beneficios de vivienda y asistencia social. El caso expuesto ejemplifica que, en la justiciabilidad de los derechos sociales, necesariamente se debe apreciar el contexto y efectividad sistemática de las políticas públicas. El mito de que los organismos regionales no pueden abordar ciertos temas de soberanía estatal es derrotado por la obligatoriedad horizontal de los DESC y por la voluntad política que existe en los Estados para cumplir las normas internacionales. Europa es un ejemplo de sociedad política virtuosa que se preocupa por la seguridad económica de sus habitantes y de la supervivencia en niveles que les permitan afrontar la vida cotidiana. La desventaja del procedimiento colectivo es que pocos Estados que lo han ratificado.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): jurisprudencia convergente a favor de la dimensión social-prestacional de los derechos civiles y políticos. En el sistema regional europeo, la justiciabilidad de los derechos humanos compete al TEDH en razón de la interpretación y aplicación de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). De forma conexas, el Sistema Europeo cuenta con protección ante el TJUE. Esta dualidad surge porque el TEDH es el órgano especializado y el TJUE, al juzgar diversos actos y directivas de la Unión Europea, otorga protección accesoria a los derechos fundamentales. Las líneas de justiciabilidad de los derechos sociales se dan a través de mecanismos no litigiosos, de una interpretación indirecta del derecho a la no discriminación y vida privada, y del hecho de que no existe una línea de protección de los derechos de los pueblos indígenas del Norte de Europa que han reclamado la protección a sus tierras.

El TEDH es un órgano jurisdiccional subsidiario para aplicar los derechos humanos en los casos que sean inobservados por los Estados parte: propone acuerdos amistosos, desarrolla jurisprudencia y opiniones consultivas y proporciona lineamientos para la armonización de la legislación doméstica con el *acquis communautaire*, sobre derechos humanos. Los derechos sociales son protegidos en la jurisdicción regional europea de forma indirecta mediante la interpretación de los derechos previstos en la CDFUE y el CEDH. Esta dimensión extensiva de los derechos civiles refuerza su exégesis como derechos que proyectan la autonomía y la inclusión individual, y así, tales derechos no solo son garantías negativas, sino que contienen ámbitos prestacionales y “obligaciones de hacer” para los Estados.

Los casos resueltos por el TEDH mantienen una relación interpretativa a partir del uso del contenido de los derechos individuales de no discriminación, derecho a la vida e igualdad para, de este modo, proteger los derechos sociales. Esta forma de aplicación hasta ahora ha sido suficiente, aunque es necesario proporcionar un trato independiente a cada uno de los derechos y robustecerlos con los postulados individuales. No obstante, en casos de derechos sociales, se ha optado por extender la dimensión protectora del derecho al debido proceso y la prohibición de discriminación (arts. 6.1 y 14 CEDH) en relación con la protección efectiva a la seguridad social.

Es necesario mencionar que el CEDH es el instrumento más usado para la justiciabilidad de los derechos sociales. Su modificación más reciente data de 2010, y su exigibilidad es la fuente de la fuerza normativa en los asuntos que ha resuelto el TEDH, ya que sus disposiciones son las que pueden ser aplicadas directamente por el referido órgano. Así, las formulas empleadas por dicho Tribunal no contienen un estudio autónomo de los derechos de medioambiente o salud, ya que los incluyen como parte del derecho a la vida o a la privacidad. Por ejemplo, en el caso *López Ostra vs. España*, el TEDH aplicó la protección indirecta del derecho a la salud y al ambiente a la luz del derecho a la vida privada; mediante la interpretación del contenido del artículo 8 de la CDFUE, que protege el derecho a la familia y los derechos a un medioambiente sano en la vida comunitaria. El TEDH argumentó la falibilidad del Estado para regular la contaminación industrial que causó daños a los quejosos.

El artículo 14 del CEDH contiene una provisión que ha tenido profundas consecuencias en el reconocimiento y la protección de los derechos sociales y económicos, pues establece la regla general que prohíbe el trato discriminatorio: “Prohibición de discriminación: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Mediante este precepto, el TEDH extiende la aplicación del Convenio más allá del aspecto sustantivo, proporcionando protección ante el tratamiento discriminatorio, e indirectamente aplica los derechos sociales para suplir las limitaciones normativas de dicho instrumento. En *Yordanova y otros vs. Bulgaria* (2012), el TEDH determinó la existencia de violaciones al artículo 8 del CEDH, que reconoce el derecho a la vida privada y protección del domicilio. En la sentencia, innovadora en el sentido de que se aludió a la necesidad de armonizar las leyes domésticas de Bulgaria con dicho instrumento y el principio de proporcionalidad, se ordenó la revocación de la orden de desalojo y la suspensión de sus efectos, hasta que se cumplieran los objetivos y las medidas para asegurar la protección a los derechos de los reclamantes. Esta sentencia puede considerarse como una forma de protección instrumental del derecho a la vivienda y su interdependencia con otros derechos, y cobra especial relevancia por la protección de las personas, y demuestra que se requieren esfuerzos interinstitucionales coordinados para reducir la exclusión educativa, laboral, violencia y tráfico de personas que afronta este grupo social en diversos países de Europa.

Otro caso importante es *Demir y Baykara vs. Turquía* (2008), que demuestra la protección al derecho laboral mediante diversos cuerpos jurídicos que se

interpretan en torno al derecho de asociación de los sindicatos conforme al artículo 11 del Convenio. La explicación del TEDH alude al derecho constitucional de Turquía, a los derechos humanos previstos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención de la Organización Internacional del Trabajo, y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como a los instrumentos europeos como la CSE y el CEDH. Este asunto expone una línea interpretativa que armoniza todos los cuerpos normativos de la materia a favor del contenido esencial (en este caso, de los derechos laborales). La solución también promueve el principio de igualdad formal y material para el derecho colectivo con intereses comunes.

En torno a los derechos ambientales y el calentamiento global, el marco europeo que dibuja la justiciabilidad de los programas, la política pública y las omisiones para mitigar efectivamente el incremento global de las temperaturas parte de una exigencia de cuidado del medioambiente en su dimensión individual, pero también global. En *Carvalho y otros vs. European Parliament and Council*, el TJUE estudió los actos reclamados por los demandantes en dos vertientes: la actividad positiva de los entes reguladores europeos y la actividad negativa que tiene que ver con la prevención de interferencias en los derechos. Estos, desde luego, implican una regulación de intervinientes privados que generan gases de efecto invernadero. Antes de este asunto, el TJUE no tenía una definición clara a favor de la protección de la salud pública ni había vinculado jurídicamente a los Estados a cumplir sus compromisos en materia ambiental. En el asunto del *Bosque Białowieża vs. Polonia* (TJUE, C-441/17) hizo hincapié en que Polonia había emitido directrices de conservación sin el análisis y justificaciones pertinentes para cuidar diversas especies de árboles y conservar a todos los habitantes del Parque Białowieża. Además, estableció que Polonia violó las prohibiciones para destruir hábitats de diversas especies establecidas en la citada directiva. En el diverso asunto TJUE C-57/16 (Gran Sala) determinó que la información ambiental para el desarrollo, tanto de políticas públicas como del proceso decisorio, contiene elementos de interés público que justifican su divulgación; y que ese interés no debe descartarse, pues “no es suficiente para demostrar el riesgo de perjuicio grave para el proceso de toma de decisiones de la Comisión” (TJUE, C-57/16 [Gran Sala], sentencia de 4 de septiembre de 2018).

Finalmente, en el asunto 142/2016, el TJUE optó por una decisión ambigua al señalar que deben respetarse integralmente las evaluaciones y el impacto ambiental, ello a pesar de que los Estados nieguen categóricamente que exista un impacto significativo. En la sentencia, el TJUE resaltó la protección de la flora y fauna silvestres en áreas naturales, y resolvió que Alemania transgredió diversas disposiciones ambientales al autorizar la construcción de una central eléctrica de carbón en Moorburg, cerca de Hamburgo, sin realizar una evaluación adecuada del impacto que causaría y de las implicaciones en la zona del río Elba, por lo que la República Federal de Alemania no cumplió sus obligaciones derivadas del artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva 92/43/ CEE del Consejo (existente desde 1992) relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (TJUE, C142/16, sentencia de 27 de abril de 2017).

Isaac de Paz González

485. DERECHOS SOCIALES (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el ámbito de los derechos sociales ha aumentado en las últimas tres décadas. En sus 41 años de jurisdicción contenciosa, la Corte ha sido consistente en aplicar y adjudicar, de manera indirecta, a través de sus medidas de reparación los derechos sociales y, de manera directa, a partir de 2017 cuando se declaró la violación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En general, y a pesar de ser un órgano regional subsidiario de justiciabilidad, la jurisprudencia interamericana ha permitido dar nuevas formas y materializar las obligaciones estatales de los derechos sociales como derechos plenamente exigibles y justiciables en los Estados miembros de la CADH. Desde sus primeras sentencias, la Corte IDH ha estimulado positivamente cambios estructurales en la forma de atender el cumplimiento de los derechos sociales; sus sentencias contienen mandatos expresos para la adopción de políticas públicas de los Estados y la declaración de responsabilidad, a efecto de que no solo reparen los daños a las víctimas, sino que modifiquen sus ordenamientos internos; se supriman o adapten leyes domésticas de acuerdo con los cánones de la CADH y otras normas de derecho internacional de los derechos sociales, y se elaboren programas concretos de política pública en favor de los grupos afectados por los actos y omisiones del Estado.

La jurisprudencia interamericana sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) tiene cinco líneas conceptuales que se pueden identificar también cronológicamente. La primera es la justiciabilidad implícita (que no aludía al art. 26 de la CADH) de los derechos sociales a través de los civiles y políticos, tales como el derecho a la integridad personal, a la vida y al acceso a la justicia. Esta línea se desarrolló desde el caso “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (2001), y comprende también los casos *Ximenes Lopes vs. Brasil* (2003), *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (2002), *Contreras y otros vs. El Salvador* (2011), *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009) y *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (2012). En ellos, la Corte realizó una protección de los derechos sociales a la luz de las medidas de reparación. Especialmente en el caso “*Niños de la Calle*” cobró relevancia el concepto de vida digna más allá del respeto a la integridad física. De este modo, “los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico” y se dijo que la vida digna comprende tanto los estándares de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales (Reparaciones, votos concurrentes de los jueces Abreu Burelly y Cançado Trindade, 2001).

La segunda línea conceptual de justiciabilidad interamericana corresponde a la expansión del artículo 21 de la CADH para favorecer los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en relación con su identidad y posesión; el acceso a la justicia; su integridad física, y su derecho a una vida digna. Esta línea se ha construido para la protección de los derechos colectivos de comunidades indígenas, cuya identidad, bienes y valor cultural han sido reivindicados ante las represiones estatales. Esta proyección del Sistema Interamericano permite a los grupos minoritarios contar con fuentes jurídicas de protección

directa ante los abusos del Estado y de agentes particulares mediante el derecho internacional como mecanismo contestatario, que ha favorecido el respeto a la autonomía y derechos grupales. La Corte IDH reiteró los criterios de protección a los territorios ancestrales de grupos minoritarios vinculados a la protección de sus bienes y derechos individuales. De esta manera, en los primeros casos de pueblos indígenas y grupos étnicos, y a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia, la Corte IDH sí les ha dado entrada a los reclamos y adjudicado sus derechos. Por primera vez una corte internacional reconocía la eficacia de las normas internacionales que protegen a los grupos indígenas, étnicos y tribales en dimensiones colectivas y con una cosmovisión distinta a la de la propiedad occidental, sobre todo porque la Corte IDH toma en cuenta la visión integral de los grupos indígenas con su territorio como nexo indisoluble. Los primeros casos de pueblos indígenas fueron: la decisión que fue un hito global, *Awas Tigni vs. Nicaragua* (2001); la trilogía de casos de comunidades indígenas contra Paraguay, *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), *Comunidad Moiwana vs. Surinam* (2005), *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2006); *Saramaka vs. Surinam* (2007); *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Comunidades Afrodescendientes del Río Cacarica vs. Colombia* (2013); *Norín Catriman y otros (líderes del pueblo mapuche) vs. Chile* (2014); *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras* (2015); *Comunidades Kuna y Embera vs. Panamá* (2014), y *Pueblo Xucurú vs. Brasil* (2018).

En esta serie de fallos, con un enfoque procesal, la Corte subraya la importancia de la propiedad indígena como bien jurídico que posibilita el acceso a otros derechos sociales (salud, condiciones normales de vida comunitaria, tales como la pesca, la caza y la recolección de frutos, la preservación del medioambiente y sus creencias religiosas). Sobre todo, resulta relevante que, al proteger a las comunidades, las regiones en las que habitan son valoradas como su espacio vital. En este sentido, la propiedad según los pueblos indígenas se aparta de la noción individual de apropiación, dominio exclusivo y comercialización. Así, la Corte establece una interpretación expansiva del artículo 21 de la CADH, al señalar que la propiedad —en la cosmovisión indígena— tiene la función de mantener el espacio vital comunitario como un todo y, al ser el fundamento de la subsistencia material y la identidad cultural, constituye el bien jurídico primario de protección a los derechos individuales y del grupo.

Otro aspecto fundamental es el reconocimiento histórico como valor jurídico y por el mero uso de los territorios ancestrales. Así, la Corte ha concluido que los pueblos indígenas, al ser preexistentes a los Estados americanos, no requieren de un título para instaurar la defensa de los mismos, pues la posesión es suficiente. La administración de la tierra y el uso de los recursos naturales de los pueblos originarios comprende: el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; los asentamientos o cultivos esporádicos; la caza; la pesca, o la recolección. El alcance legal de los derechos de los pueblos indígenas es el uso de las tierras y recursos que actualmente tienen o de los que poseyeron y fueron despojados. Esa delimitación está determinada por pruebas de ocupación y utilización de recursos por miembros de la comunidad desde tiempos ancestrales.

En el caso de las comunidades que fueron privadas de sus tierras en Paraguay, la Corte indicó que el Estado tiene como obligaciones (previstas tanto en

su derecho interno como en el internacional) identificar y demarcar las tierras de los yakye axa, los sawhoymaxaxa y los xákmok kasek, otorgar el título respectivo, reconocer el carácter histórico de su posesión y otorgarles físicamente las tierras. El punto más importante fue la orden dada a Paraguay para que dotara de servicios públicos y otros bienes a dichas comunidades para garantizar su derecho a la vida, a la salud y a la integridad personal. Por ello la Corte hizo énfasis en que a las comunidades indígenas no se les puede exigir un alto estándar de prueba para que acrediten el peligro del menoscabo del derecho a la vida, pues con el solo hecho de no tener territorios se pone en riesgo su existencia; de lo contrario, se les estaría exigiendo la *probatio diabolica*. Otro aspecto relevante de la trilogía paraguaya es que la Corte precisó que, en caso de pérdida involuntaria de la posesión, las comunidades (p. ej., aquellas que son seminómadas) tienen el derecho de obtener nuevas tierras de igual calidad y extensión.

La jurisprudencia interamericana también ha tenido impacto en la relación de las empresas extractivas, la facultad del Estado para concesionar tierras y propiedades y los territorios de los pueblos indígenas y tribales. El primer caso tuvo que ver con la explotación irracional de los bosques en Surinam, llevada a cabo por compañías madereras. Así, como resultado del caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, en 2007, la Corte usa la regla interpretativa prevista en el artículo 29 d) de la CADH para enlazar los aspectos del derecho a la consulta y a la libre disposición de los recursos naturales previstos a favor de los pueblos indígenas, tanto en el Convenio 169 de la OIT como en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Bajo esta técnica interpretativa, la Corte señaló que cualquier concesión del Estado a favor de un tercero debe cumplir con: a) el consentimiento libre e informado de la comunidad; b) el plan o proyecto debe traer beneficios razonables a la comunidad, y c) que el Estado debe proporcionar estudios de impacto ambiental y social.

En el caso *de la Comunidad Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012), la Corte IDH declaró que Ecuador no obtuvo el consentimiento legítimo y válido de los pueblos para llevar a cabo las actividades y, de esta manera, fijó los estándares del derecho a la consulta: a) el carácter previo e informado sobre el proyecto; b) de buena fe, tras un dialogo horizontal y con la intención genuina de alcanzar acuerdos; c) culturalmente apropiada y con medidas accesibles de acuerdo con la naturaleza de la consulta; d) con suficiente información sobre el impacto ambiental, los riesgos del proyecto en la salud de las comunidades, así como el impacto cultural, en la vida y en su propiedad (párrs. 178 y 205-208).

El caso *Kaliña Lokono vs. Surinam* (2015) también representa un avance significativo en la regulación de actividades mineras, los permisos otorgados por el Estado y el grado de participación política a través de la consulta de los pueblos indígenas en los proyectos extractivos. Nuevamente, la Corte reafirma su jurisprudencia sobre el derecho a la consulta bajo los estándares de libre, previa, informada, tras un dialogo horizontal, de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdos. Destaca en este contexto que la protección otorgada por la Corte reconoce el valor de los territorios indígenas como un factor para la preservación del medioambiente. En este sentido, la Corte asigna un carácter vinculante al *soft law* en materia ambiental: la Convención de la ONU sobre

Diversidad Biológica, la Convención sobre el Patrimonio de la Humanidad y la Convención de la ONU sobre Cambio Climático.

Una sentencia relevante sobre derechos de pueblos indígenas frente a megaproyectos fue la emitida en *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá* (2014). En esta, la Corte condenó a Panamá por no haber reconocido el derecho de propiedad y no haber demarcado ni titulado las tierras que le otorgaría a estas comunidades, debido a que, desde 1972, se contruyó una hidroeléctrica que inundó sus territorios. No obstante, a pesar de que Panamá fue declarado responsable de violar el derecho a la propiedad, las garantías judiciales y el acceso a un recurso ágil y sencillo, la mayoría de los jueces optó por no declararlo responsable de no otorgar una compensación por las violaciones ocurridas antes de la entrada en vigor de la jurisdicción contenciosa en Panamá; y se declaró procedente la excepción *ratione temporis* (párrs. 30- 33, 60- 67, 81, 91, 102, 117, operativos 4-8). Para el juez Ferrer Mac-Gregor, la falta de pago y el tiempo transcurrido en exceso constituían una violación continuada a los derechos de las comunidades, por lo que la compensación monetaria era fundamental según lo ya interpretado —en los casos *Yakye Axa*, *Sowhayamaxa* y *Xakmok Kasek*— sobre el artículo 21 de la CADH (voto parcialmente disidente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 12-19 y 26).

La tercera es la línea de justiciabilidad indirecta en transición de los derechos sociales, que corresponde al periodo de transición en que la Corte discute los efectos, alcances y posibilidades de interpretación directa del artículo 26 de la CADH. Se hallan en este marco los casos *Cinco pensionistas vs. Perú* (2003); *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009), *Suarez Peralta vs. Ecuador* (2013), *Gonzales Lluy vs. Ecuador* (2015), *Canales Huapaya y otros vs. Perú* (2015), *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* (2016) y *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016). En todos ellos, se puso en tela de juicio la posibilidad de juzgar una medida regresiva (ley que suprimía un sistema de pensiones) como acto del Estado bajo el prisma del artículo 26 de la CADH, pero la Corte estableció que la progresividad “se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas” (caso *Cinco pensionistas vs. Perú*, 2003, párrs. 142-148). En este sentido, no se negó la justiciabilidad para casos futuros, sino que se aludió a un número más amplio de actores y al concepto de equidad social. Tres años más tarde, en *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* (2006), la Corte evadió el debate sobre el artículo 26 de la CADH y le dio mayor peso a la falta de acceso a la justicia y garantías judiciales para hacer valer los derechos laborales (párrs. 133-136); aunque se ocupó de reparar los daños materiales causados por el despido arbitrario. Luego, en 2009, *Acevedo Buendía vs. Perú* tocó el tema de la progresividad de los derechos sociales como obligaciones y deberes generales de los Estados conforme al artículo 26 de la CADH. Esta vez, la Corte adujo que dicho precepto solo contenía metas y medidas políticas que los Estados se habían comprometido a respetar de manera progresiva (párrs. 99, 100, 105 y 106). En este aspecto, a pesar de que la Corte estableció que, cuando se trata de DESC, la regresividad resulta

justiciable (párr. 103), en el caso concreto no se configuraba una violación a dicho principio por la falta del pago a los trabajadores (párr. 106).

En 2012 se presentó la posibilidad de reconocer violaciones al derecho a la salud y a la seguridad social en *Furlan y familiares vs. Argentina*. En su voto concurrente, la juez Margarette May Macaulay sostuvo que debía reconocerse plenamente la intención objetivada de los Estados en la conferencia de San José para actualizar la interpretación del artículo 26 de la CADH. De esta forma, propone que en casos de derechos sociales se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual en relación con la Carta de la OEA y los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

En 2013, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor —haciendo un nuevo escrutinio de interpretación normativa— planteó las bases de la justiciabilidad directa en su célebre voto concurrente en *Suarez Peralta vs. Ecuador*, bajo las siguientes directrices: *a)* establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales; *b)* obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta —que en algunas ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos— y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; *c)* otorgar una visión autónoma a los DESC, conforme a su esencia y características propias; *d)* reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir —como sucede con los derechos civiles y políticos— a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 de la CADH en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la misma; *e)* precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de DESC; *f)* permitir una interpretación evolutiva del *corpus iuris* interamericano y de manera sistemática, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la CADH con respecto al Protocolo de San Salvador, y *g)* proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de darles contenido (voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor).

Estas directrices se han expandido en los casos subsecuentes y han sido de suma importancia para reconocer las dimensiones de justiciabilidad de los derechos sociales. En particular, porque no solo engloban el *corpus iuris* interamericano, sino todas las directrices del Sistema Universal de Derechos Humanos y de los comités de la ONU. Más tarde, en 2015, en *Gonzales Lhuy vs. Ecuador* se llegó a la conclusión de que las violaciones del derecho a la salud de Talía constituían un hecho estructural que había desencadenado otras violaciones, pues el Estado debe prestar los servicios de salud cumpliendo con las características de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad. Sobre la especial situación de Talía como niña en contexto de pobreza, con una enfermedad mortal y sujeta a discriminación, se aludió a la interseccionalidad como una serie de “múltiples factores, sino que derivó en una forma específica

de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente” (párr. 290).

Finalmente, el periodo de transición de la interpretación directa llegó a su fin con el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016), en el que nuevamente se discutió la posibilidad de declarar violado el artículo 26, pero la mayoría optó por el sentido negativo. No obstante, en su voto concurrente, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor y la jueza Elizabeth Odio Benito refirieron la discriminación económica (prevista en el art. 1.1 de la CADH) que padecieron los trabajadores esclavizados en la hacienda, al señalar que “muchas violaciones de derechos humanos traen aparejadas situaciones de exclusión y de marginación por la propia situación de pobreza de las víctimas”. Asimismo, al retomar la línea de *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de la trilogía paraguaya, de *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* y de *Artavia Murillo vs. Chile*, sobre la situación de vulnerabilidad y la extrema pobreza de las víctimas, el voto concurrente reconoció que “es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación” (voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, al que se adhirió la jueza Elizabeth Odio Benito).

La cuarta línea es la de la justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH, iniciada con dos casos sobre estabilidad laboral y derecho al trabajo: *Lagos del Campo vs. Perú* y *Petroperú vs. Perú* (ambos de 2017); y tres casos sobre seguridad social y derecho a la salud como derechos autónomos y justiciables: *Poblete Vilches vs. Chile* (2018) sobre el derecho a la salud de personas de la tercera edad, *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* (2018), en el que se llevó a cabo el análisis sobre el principio de progresividad, y *Muelle Flores vs. Perú* (2019), en cuya sentencia se vertebieron las dimensiones de la seguridad social conforme al *corpus iuris* interamericano.

En los casos *Petroperú* y *Lagos del Campo*, la Corte establece un nuevo modelo interpretativo de los derechos sociales diseñado en el *corpus iuris* interamericano sobre la base de las directrices sustantivas y de interpretación de los artículos 1, 2, 26 y 29.d de la CADH; los derechos sociales previstos en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También se administró el *corpus iuris* internacional: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 22 a 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; las observaciones generales en materia de educación, salud, vivienda y formas de cumplimiento de los DESC emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Todo este bagaje normativo (junto con la jurisprudencia de los Estados americanos y sus constituciones) ha permitido a la Corte IDH formular su nueva jurisprudencia en materia de DESCAs, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en normas nacionales. Cabe señalar que la Corte ha seguido una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva conforme a dichos principios.

En el caso *Poblete Vilches vs. Chile*, sobre la salud y derecho a la vida de una persona de edad avanzada, nuevamente se declara violado el artículo 26 de la CADH. En esta línea interpretativa y evolutiva, el mayor logro de la Corte IDH —hasta ahora— es la firme posición sobre el principio de no regresividad y progresividad de las obligaciones estatales en torno a la salud de personas con virus de inmunodeficiencia humana (VIH), como se reconoció en *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*. En *Muelle Flores vs. Perú* (párr. 190), la Corte considera que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social incluyen aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo. Y en relación con las de exigibilidad inmediata, los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros. Respecto a las obligaciones de carácter progresivo, los Estados parte deben avanzar mediante actos concretos y de manera constante, lo más expedita y eficazmente posible, hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Finalmente, la quinta línea de justiciabilidad interamericana protege los derechos ambientales. En la opinión consultiva (OC) 23/17, la Corte elaboró un enfoque integral del medioambiente y su estrecha e interdependiente relación con otros derechos humanos. El punto de partida del razonamiento normativo de la Corte fue el artículo 11 de Protocolo de San Salvador, que se inserta en los derechos protegidos por el artículo 26 de la CADH, tanto en su dimensión individual como colectiva, de las generaciones presentes y futuras. La vinculación directa del derecho al medioambiente en su aspecto individual —y sustantivo— se vincula con los derechos a la salud, la propiedad, la integridad personal y la vida, que son más vulnerables cuando se degrada el medioambiente. En su aspecto procesal, está ligada a los derechos a la información, a la asociación y a participar en las decisiones como remedio efectivo.

La línea de exigibilidad del derecho al medioambiente que la Corte delimita en la OC-23/17 indica que “De acuerdo con los artículos 1 y 2, 13, y 23 (1) (a) de la CADH, los Estados parte tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos del medioambiente”; y que ese respeto comprende un ejercicio de jurisdicción más allá del ámbito territorial, pues hay actividades que rebasan esos límites. De esta manera, los Estados están obligados a que en su territorio no se produzcan actividades que puedan causar daño significativo al medioambiente de otros Estados y, para ello, se debe analizar la conexión entre causa y efecto en los daños transnacionales. En consecuencia, los Estados deberán prevenir este tipo de daños. Un lineamiento trascendental en la OC 23/2017 es que la Corte señaló que el derecho al medioambiente debe articularse como parte de la política pública y la legislación de los Estados, así como la obligación de prevenir daños transfronterizos; regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción con el objeto de proteger la vida, la salud y la integridad personal (párrs. 109-112, 125 y 134-140), en cuyas directrices remarca el papel rector del *soft law* en materia ambiental y, en especial, para prevenir los daños ambientales transnacionales.

Isaac de Paz González

486. DERECHOS SUBJETIVOS PÚBLICOS

Los derechos subjetivos son una doctrina que tomó como base el derecho privado, considerando análogo o distinguiéndose el público del privado por las personas que intervienen en las relaciones jurídicas de carácter público, destacándose la priminencia y la subordinación del Estado o asociaciones públicas respecto del individuo; en cambio, las relaciones que pertenecen al derecho privado existe en una coordinación.

Considerando que es la facultad que el Estado concede al individuo de mover el orden jurídico en razón de sus intereses personales, crea, como todo poder limitado reconocido por el derecho, al individuo un derecho subjetivo; por esto, corresponde la personalidad al derecho público; es la condición del derecho privado y de todo el orden jurídico en general, y tal condición por esta razón va íntimamente entrelazada con la existencia de los derechos públicos individuales; esto se diferencia esencialmente del derecho privado, ya que se fundan inmediatamente en la personalidad y no recaen sobre ningún objeto, como acontece en el derecho privado, sino sobre la persona misma, las exigencias que surgen de estos derechos, y a las que se pone de manifiesto la significación práctica de estos. Igualmente, los derechos subjetivos públicos proceden directamente de las facultades que el orden jurídico reconoce a los individuos; la subjetividad se exterioriza mediante el reconocimiento que hace el Estado al individuo de su carácter de miembro en la comunidad popular; pero esto implica el reconocimiento del hombre como persona; es decir, como individuo que posee una esfera de derecho público. Tal es el resultado de la redención total de la cultura, según la cual en el Estado moderno todo hombre que está sometido de algún modo al poder del Estado es al mismo tiempo persona frente a él. Por eso, aun cuando hoy la situación plena de miembro de un Estado dependa para el individuo de que pertenezca o no permanentemente a este Estado, el que se encuentra transitoriamente sometido al poder de un Estado extraño, no solo es considerado como súbdito de este, sino también como *civis temporarius*, que si bien tiene deberes públicos, tiene a su vez derechos de esta naturaleza.

Es decir, el reconocimiento que como persona tiene el sujeto lo hace un ente obligado hacia el Estado, pero a la vez el Estado les reconoce derechos frente a él, creándose la relación jurídica perfecta de derechos y obligaciones.

La teoría de los derechos subjetivos públicos se vio fortalecida por las ideas contractuales de Rousseau y Locke, para el primero de ellos es un contrato político y hace alusión a que la sustitución de un Estado social por uno político da lugar a una enajenación absoluta de todos los derechos naturales del individuo a favor del poder político que así surgía; por el contrario, Locke consideraba que el individuo gozaba de ciertos derechos fundamentales, precisamente estimaba que al tener lugar el contrato político, la sustitución de un Estado social no político por uno político, era justamente para satisfacer la necesidad de que tales derechos fundamentales (la propiedad, la libertad personal, el derecho a la vida) fueran objeto de un reconocimiento mejor del que podían tener en un régimen en el que no existiera el Estado.

Como puede observarse, existe un contraste absoluto entre la doctrina de Locke y la de Rousseau, este último comprendía que la celebración del contrato implicaba la enajenación absoluta de la libertad individual a favor del soberano; una vez celebrado ese contrato, el individuo no podía reivindicar

derecho alguno respecto de la voluntad general soberana. En cambio, Locke considera que el contrato político se explica justamente por la necesidad de que los derechos fundamentales del individuo subsistan después de la celebración del contrato, sean objeto de una protección más eficaz.

La influencia de estas ideas tuvo repercusión en las colonias inglesas para orientar la noción de los colonos hacia una noción de derecho natural.

La teoría de estos derechos subjetivos públicos surgen en el siglo XVII, viéndose de manera positiva en los documentos ingleses *Petition of Rights* de 1628 y *el Bill of Rights* de 1689.

Tales derechos fueron desarrollados por las colonias americanas (E. U. A.) y trasladadas a Francia, el cual los recogió en su texto constitucional de 1793, dando un trato de priminencia a los derechos subjetivos públicos; en la Declaración de los Derechos del Hombre se desarrolló un catálogo de estos derechos, considerando como tales a los derechos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, los cuales fueron recogidos por los primeros textos constitucionales nacionales; por ejemplo, la Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814, la cual en su capítulo quinto, denominado “De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos”, da constancia de esta aseveración; asimismo, el Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824, en su art. 30, hace el señalamiento de que la nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano.

Al pretender ser contemplados estos derechos subjetivos públicos en la Constitución de 1824 se produjo una ardua discusión en el seno del Congreso Constituyente, ya que en este existía un grupo que consideraba inútil su inclusión, argumentando que en el Acta Constitutiva ya se habían contemplado en su art. 20 y que incluirlos en el art. 156 del proyecto de Constitución resultaría redundante, además de considerar que el objeto natural de las leyes es el de proteger los derechos de los hombres y que los derechos de los ciudadanos son los que establecen las mismas leyes, esto en la sesión del 28 de agosto de 1824; sin embargo, esta discusión logró que los Estados de la Federación en sus textos constitucionales consideraran de manera expresa estos derechos subjetivos públicos, tomando como base, como ya se ha mencionado, los señalamientos de la Constitución francesa; esto se puede observar en las Constituciones de Chiapas, en el art. 6o.; Coahuila y Texas, en el art. 11; Durango, en el art. 15; Guanajuato, en el art. 14; Michoacán, en el art. 12; Nuevo León, en el art. 9o.; Oaxaca, en el art. 9o.; Puebla, en el art. 4o.; Querétaro, en el art. 8o.; San Luis Potosí, en el art. 10; el Estado de Occidente (Sinaloa y Sonora), en el art. 15, Tabasco, en el art. 3o.; Tamaulipas, en el art. 9o.; Jalisco, en el art. 8o.; Yucatán, en el art. 4o., y Zacatecas, en el art. 7o.

Como se mencionó con anterioridad, la Constitución de 1824 no tuvo un capítulo específico respecto a estos derechos públicos subjetivos; sin embargo, si los trata de manera general, correspondiendo en este régimen la enunciación y desarrollo de estos a las constituciones de las entidades federativas.

La Constitución de 1857 contempló a estos derechos en un título y los denominó “derechos del hombre”; en la Constitución de 1917 se les otorgó el nombre de garantías individuales, denominación desafortunada para algunos autores.

Carlos González Blanco

487. DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS

Todas las niñas y niños pagan un precio muy alto durante la guerra. Se les encarcela, mutila y asesina. Los conflictos armados separan a los miembros de las familias, al tiempo que obligan a miles de niños y niñas a valerse por sí mismos y a hacerse cargo de otras personas. El respeto de las leyes existentes es crucial para evitar que se cometan infracciones y que las niñas y niños sufran más daños (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], Los niños en tiempos de guerra, mayo de 2019, p. 1).

La protección de las niñas y niños en tiempo de guerra está consagrada en el derecho internacional humanitario. Este confiere protección general a todas las personas afectadas por conflictos armados y contiene disposiciones específicas en relación con las niñas y niños (*idem*).

De esta forma, en el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se establece que los Estados parte se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. Además, deben adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado (arts. 38.1 y 38.4).

En ese sentido, en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) se puntualizó que deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños en situaciones de conflicto armado (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], opinión consultiva [OC] 17/2002, párr. 82). Al respecto, en el artículo 77.1 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, se reconoce que los niños son objeto de un respeto especial y se les debe proteger contra cualquier forma de atentado al pudor. Además, se les debe proporcionar los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón.

Esto último es retomado por el CICR al reconocer la particular vulnerabilidad de los niños, quienes requieren un trato privilegiado en relación con el resto de la población civil y que, además, gozan de una protección jurídica específica (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *Comentario del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, 1986, comentario 4544).

Es por esta situación que en el territorio que controlan las autoridades, sean legales o *de facto*, estas tienen la obligación de preservar a los niños de las consecuencias de las hostilidades, prodigándoles la asistencia y los cuidados necesarios, evitándoles lesiones físicas o traumas mentales y garantizándoles un desarrollo normal, tanto como las circunstancias permitan (*ibidem*, comentario 4546).

Por tanto, debido a la complejidad de la situación, no se ha dado una definición precisa del término “niño” en el ámbito del derecho internacional humanitario. Esto debido a que el momento en que el ser humano deja de ser niño para convertirse en adulto no se valora universalmente de la misma manera. Según las culturas, puede variar entre la edad de 15 a 18 años, más o menos (*ibidem*, comentario 4549), debido a que la madurez biológica y psíquica es variable (*ibidem*, comentario 4550).

Por todo lo anterior, se han desarrollado diversos derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de un conflicto armado. Al respecto, hay que recordar la existencia de conflictos de esta naturaleza de carácter internacional y no internacional.

Los primeros, deben ser entendidos como aquellos en los que intervienen dos o más Estados, concepto que cubre los casos de ocupación de todo o parte del territorio de otro Estado, ya sea que dicha ocupación se enfrente o no contra una resistencia militar (Corte Penal Internacional [CPI], caso *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, núm. ICC-01/04-01/06, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión sobre la confirmación de cargos, 29 de enero de 2007, párr. 209; *Cfr.*, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Fiscal vs. Dusko Tadic*, núm. IT-94-1-A, sentencia de apelación, 15 de julio de 1999, párr. 84).

Por otra parte, los segundos, es decir, los de carácter no internacional, son aquellos que se desarrollan de manera prolongada en el territorio de un Estado, entre las autoridades de ese Estado y grupos armados organizados o entre grupos armados organizados (CPI, caso *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, párr. 209; *Cfr.*, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, párr. 70).

Si bien es cierto que la mayoría de los derechos y garantías de niñas y niños en conflictos armados son aplicables independientemente del carácter del conflicto, existen algunos que son particulares dependiendo su carácter internacional, o no internacional.

Derechos y garantías indistintamente del carácter del conflicto

Derecho a la evacuación. De conformidad con los Convenios de Ginebra de 1949, las partes en conflicto harán lo posible por concertar acuerdos locales para la evacuación, desde una zona sitiada o cercada, de los heridos, de los enfermos, de los inválidos, de los ancianos, de los niños y de las parturientas, así como para el paso de ministros de todas las religiones, del personal y del material sanitarios con destino a esa zona (Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, art. 17).

Derecho a la identidad. Se hará todo posible por tomar las medidas oportunas para que todos los niños menores de 12 años puedan ser identificados, mediante una placa de identidad de la que sean portadores, o por cualquier otro medio (*ibidem*, art. 24).

Derecho a la reunificación familiar. Cada parte en conflicto facilitará la búsqueda emprendida por los miembros de familias dispersadas a causa de la guerra para reanudar los contactos entre unos y otros, y para reunirlos, si es posible. Facilitará, en especial, la acción de los organismos dedicados a esa tarea, a condición de que los haya aceptado y que apliquen las medidas de seguridad por ella tomadas (*ibidem*, art. 26). Además, en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, también se reconoce dicho derecho, al estipularse que deben tomarse las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas (art. 4.3.b). Al respecto, las partes en conflicto deben hacer lo posible por restablecer los lazos familiares, es decir, no solo permitir las búsquedas que emprendan los miembros de familias dispersas, sino facilitarlas incluso. Según las circunstancias, pueden resultar útiles otras iniciativas, como la transmisión de mensajes familiares por radio. Lo más importante es que sea ampliamente reconocido

el derecho de las familias a conocer la suerte que han corrido sus parientes, así como a reunirse, y que se faciliten sus gestiones (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4554). Esto es reconocido también por la Corte IDH, al señalar que el Estado debe velar por la protección y supervivencia de niños y niñas separados de sus padres o familiares, así como adoptar medidas en forma prioritaria tendentes a la reunificación familiar (caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, núm. 232, párr. 86; caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, núm. 285, párr. 110).

Prohibición de la pena de muerte. Establecida en el artículo 6 (diligencias penales), párrafo 4, del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, según el cual no se dictará pena de muerte por una infracción relacionada con el conflicto contra una persona menor a 18 años (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4551). Asimismo, dicha prohibición está establecida en el artículo 77.5 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, al señalarse que no se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de 18 años.

Prohibición al alistamiento y reclutamiento de niños menores de 15 años para hacerlos participar activamente en las hostilidades. Esta prohibición está reconocida en diferentes instrumentos jurídicos aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados no internacionales, por ejemplo, en el artículo 38 de la CDN, en el 22 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, en los artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.xxi del Estatuto de Roma, en el 3 del Convenio 182 Sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, el 77.2 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales y en el 4.3.c. del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Sin embargo, hay que reconocer que los textos mencionan a “los niños menores de quince años”, lo que da a entender que puede haber niños mayores a 15 años. Se escogió esta edad por realismo y porque ya se había tomado en consideración en los Convenios para estipular medidas privilegiadas para los niños (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4549). Por tanto, solo se trata de un punto de referencia y no hay que ver en ello una definición (*ibidem*, comentario 4550) o limitación. Tan es así, que en el artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados se amplía el rango de edad, en donde se establece la prohibición de reclutar obligatoriamente en las Fuerzas Armadas a menores de 18 años. La prohibición de utilizar a niños en operaciones militares es un elemento fundamental de su protección. Esta práctica, desafortunadamente, es frecuente y los niños están muy a menudo dispuestos a seguir a los adultos sin medir las consecuencias de sus actos (*ibidem*, comentario 4555). El principio de no reclutamiento comprende igualmente la prohibición de aceptar el alistamiento voluntario. No solamente no pueden ser reclutados ni alistarse, sino que tampoco “se permitirá que participen en las hostilidades”, es decir, que tomen parte en operaciones militares tales como la obtención de informaciones, la transmisión de

órdenes, el transporte de municiones y víveres o también los actos de sabotaje (*ibidem*, comentario 4557).

Protección especial a pesar de haber participado en las hostilidades. Se reconoce el derecho a la protección especial para los niños menores de 15 años, a pesar de haber participado directamente en las hostilidades y haber sido capturados (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, art. 4.3.d.); o haber caído en poder de la parte adversa, sean o no prisioneros de guerra (Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, art. 77.3). El objeto de esta disposición es garantizar a los niños una protección particular en medio de la confusión de una situación conflictiva (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4559).

Derecho a la reintegración. En caso de reclutamiento o alistamiento, se debe proveer la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica, así como su reintegración social (ONU, Asamblea General, resolución 74/136, 11 de julio de 2019, párr. 66.)

Derechos y garantías en un conflicto armado internacional

Separación de los adultos en caso de detención. Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares en la forma prevista en el párrafo 5 del artículo 75 (Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, art. 77.1).

Derechos y garantías en un conflicto armado no internacional

Prohibición de la pena de muerte. Reconocido en el artículo 6 (diligencias penales), párrafo 4, del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en virtud del cual no se dictará pena de muerte por una infracción relacionada con el conflicto contra una persona menor a 18 años (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4551). En el artículo 4.3 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, se establecen expresamente las garantías fundamentales con las que cuentan las niñas y niños; siendo los siguientes.

Derecho a la educación. Los niños y niñas deben recibir una educación, incluida la religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de estos, de las personas que tengan su guarda (art. 4.3.a). Esto responde a la preocupación de garantizar la continuidad de la educación con el fin de que los niños conserven su identidad cultural y un vínculo con su hogar (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4552). Además, esta norma tiene por objeto evitar el riesgo de que los niños a quienes el conflicto ha separado de sus familias queden desarraigados por la iniciación en una cultura, religión o moral que no correspondería a los deseos de sus padres, y que, además, sean utilizados políticamente. La religión y la moral forman parte integrante de la educación, pero se ha considerado preferible puntualizar “incluida la educación religiosa o moral”, para que la palabra “educación” se comprenda en un sentido muy amplio y no se interprete restrictivamente (*idem*).

Derecho a un traslado seguro. Se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar (art. 4.3.e). El traslado de los niños, tal y como se prevé en este apartado, debe tener un carácter excepcional y temporal (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4560). Al respecto, el consentimiento de los padres o de las personas que tienen la guarda de los niños se requiere “siempre que sea posible”, ya que no sería realista exigir obligatoriamente el consentimiento de los padres cuando estos pueden haber desaparecido o no ser alcanzables (*ibidem*, comentario 4561). Lo que debe de entenderse por “las personas que tengan en primer lugar la guarda” cubre no solo los casos en los que se haya confiado jurídicamente la guarda del niño a un tutor (p. ej., huérfanos o padres irresponsables), sino también aquellos en los que una persona se ocupe materialmente de un niño y tenga la responsabilidad de él, se trate de un miembro de su familia o (*ibidem*, comentario 4562).

*Netzai Sandoval Ballesteros
Ayesha Borja Domínguez*

488. DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Los derechos de las niñas y niños se encuentran recogidos en diversos tratados y han sido desarrollados a través de observaciones, protocolos facultativos, opiniones y múltiples instrumentos de *soft law* internacional. Destaca entre todos ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional que ha sido firmado y ratificado por casi todas las naciones del planeta. Parecería que existe unanimidad en el reconocimiento del deber que tiene la humanidad en la protección de la niñez; sin embargo, había un minúsculo grupo de países que no garantizaban ese estándar mínimo de protección: Somalia, Sudán del Sur y Estados Unidos de América. La situación ha cambiado recientemente, pues Sudán del Sur se adhirió a la Convención en enero de 2015 y Somalia la ratificó en octubre del mismo año, con lo que se ha llegado a un total de 196 Estados parte (Situación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 2).

Esto deja al país más rico del mundo como el único que no está dispuesto a comprometerse con la comunidad internacional en la defensa de los derechos elementales de la niñez.

Algunos de los argumentos y lugares comunes usados en Estados Unidos para justificar la no ratificación de este Tratado se relacionan con la supuesta salvaguarda de una esfera de la vida íntima —concepto usado ampliamente, por otro lado, en el discurso justificatorio de la violencia contra las mujeres— en la que las familias conservarían el derecho de “disciplinar” a sus hijos. Antiguamente, incluso se permitía la pena de muerte en contra de niños, pero a partir de 2005, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que ello resultaba inconstitucional. En realidad no hay ningún impedimento jurídico para que ese país ratifique el tratado internacional que más consenso genera a nivel internacional.

En los contextos de migración existen ciertos derechos más específicos que los ya contemplados expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Permitir el acceso al territorio. Una consecuencia de permitir el acceso al territorio se traduce en poder determinar cuál es el interés superior del niño o niña, realizar una evaluación y decidir, incluso, si necesita medidas de protección especial. El Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) señala que se debe hacer una evaluación clara y a fondo de la identidad del niño o niña y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales o lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección (CRC, Observación general 6, párr. 20).

Derecho a la unificación familiar. El Estado está obligado a tomar todas las medidas necesarias para poder identificar a las niñas, niños y adolescentes no acompañados —sobre todo en la frontera—, procurar la localización de su familia y, si es acorde con el interés superior, buscar reunir a la familia lo antes posible (CRC, Observación general 6, párr. 13).

Derecho al alojamiento y a la separación. En cuanto al alojamiento, se requiere que los centros que alberguen a niñas y niños sean de puertas abiertas y permitan su desarrollo de manera integral. Se deberá tomar en cuenta su edad y la diversidad de niñas y niños, así como garantizar la manutención, el reconocimiento médico, el asesoramiento legal, el apoyo educativo y la atención integral. Asimismo, deben poder cubrir las necesidades especiales de niñas y niños, como de aquellos con alguna discapacidad, aquellos que viven con el virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/sida), lactantes, niñas y niños de primera infancia, así como aquellas víctimas de trata (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], opinión consultiva [OC] 21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 182).

Tanto en el caso de niñas y niños acompañados como en el de los no acompañados deberá tomarse en cuenta su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

De acuerdo con el CRC (Observación general 6, párrs. 39-41 y 46), por regla general, no debe privarse de la libertad a niñas, niños y adolescentes. Uno de los derechos de los que gozan es a no ser separados de sus hermanos. Asimismo, se debe permitir que lleguen acompañados de parientes o que permanezca con estos en el país de asilo, a menos que ello sea contrario a su interés superior.

El Estado también está obligado a velar por su salud física y psicológica, debiendo tener acceso al sistema de salud al igual que lo tendría un nacional, y debe otorgarles acceso a la educación y al esparcimiento.

Por otro lado, la Corte IDH ha determinado que los Estados deben garantizar que la niña o niño tenga un lugar adecuado en donde alojarse, priorizando soluciones que apunten a la unificación familiar o a la integración de la comunidad, antes que a la institucionalización.

Otro de los derechos interdependientes del derecho al alojamiento es el que se refiere a la separación de las personas migrantes de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, y debe separarse a las niñas y niños de la población adulta. Así, la Corte IDH abunda “[...] el principio de separación adquiere [...] dos dimensiones: (i) si se trata de niñas o niños no acompañados

o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos, y (ii) si se trata de niñas o niños acompañados, deben alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o el niño.” (Corte IDH, OC-21/14, párr. 178)

No devolución. Entre las normas de protección internacional de las personas refugiadas solicitantes de asilo, el principio de no devolución es una medida efectiva que garantiza el ejercicio del derecho a buscar y recibir asilo, además de ser considerada una norma consuetudinaria del derecho internacional.

En cuanto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta señala en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier extranjero a otro país, sea o no de origen, en el cual sus derechos a la vida o a la libertad estén en riesgo de violación a causa de su raza, religión, condición social u opiniones políticas.

Del mismo modo, los Estados están obligados a respetar el principio de no devolución, por lo que no deben trasladar al niño o niña a un país en el que haya motivos o temor fundado de que existe un peligro real de daño para ellos (CRC, Observación general 6, párr. 27). Incluso, el Comité ha considerado que otras violaciones graves a los derechos, como la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios, pueden ser razones suficientes para no devolver, deportar o expulsar a un niño o niña (CRC, Observación general 6, párr. 26).

Acceso al procedimiento para obtener el asilo. Todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a interponer una solicitud para obtener el asilo, independientemente de su edad. Si la autoridad correspondiente es sabedora de que este tiene un temor fundado o que puede encontrarse objetivamente en peligro, debe entablar en favor del niño o niña dicho procedimiento y, en su caso, aplicar mecanismos de protección adicionales.

Para ejercer este derecho, todas y todos deben tener acceso gratuito a un representante jurídico especializado. La Corte también sostiene que las niñas y niños solicitantes deben tener la oportunidad de ponerse en contacto con un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o la entidad que haga sus funciones en caso de no encontrarse en el país (Corte IDH, OC-21/14, párr. 250).

Como parte de las garantías de este derecho, el CRC ha hecho hincapié en que esta decisión sea tomada por una autoridad competente y, en caso de que la edad y madurez del niño o niña lo permita, contar con una entrevista personal con funcionarios competentes, quienes deberán tomar en cuenta las circunstancias especiales de los solicitantes (CRC, Observación general 6, párrs. 68-73).

**Netzai Sandoval Ballesteros
Ayesha Borja Domínguez**