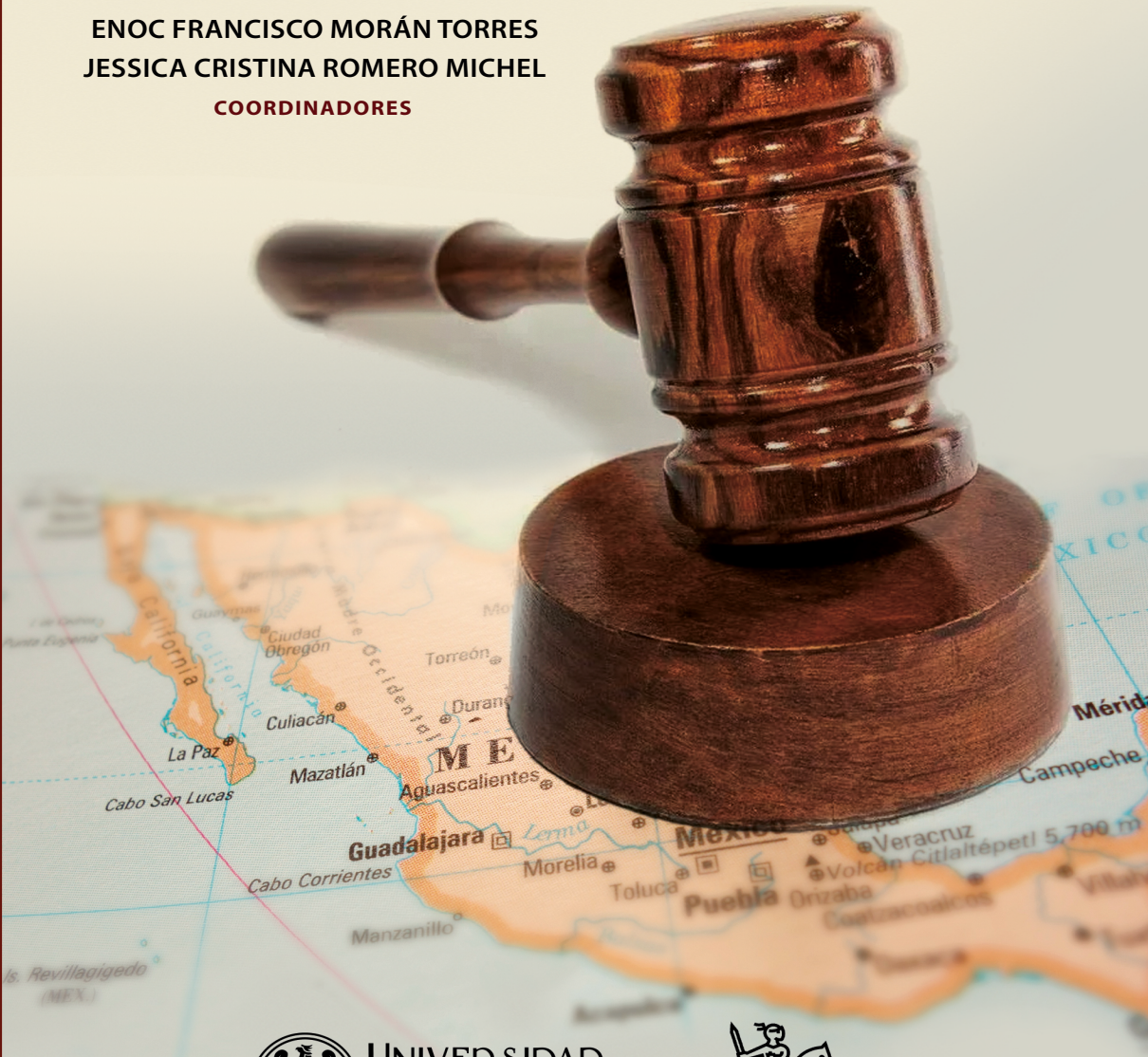
RETOS DEL PLURALISMO JURÍDICO
ANTE LA REALIDAD DEL DERECHO

ENOC FRANCISCO MORÁN TORRES
JESSICA CRISTINA ROMERO MICHEL
COORDINADORES



UNIVERSIDAD DE COLIMA
tirant lo blanch

RETOS DEL PLURALISMO JURÍDICO ANTE LA REALIDAD DEL DERECHO

enfoque académico

UNIVERSIDAD DE COLIMA
Dr. Christian Jorge Torres Ortiz Zermeño, Rector
Mtro. Joel Nino Jr., Secretario General
Mtro. Jorge Martínez Durán, Coordinador General de Comunicación Social
Mtra. Ana Karina Robles Gómez, Directora General de Publicaciones

RETOS DEL PLURALISMO JURÍDICO ANTE LA REALIDAD DEL DERECHO

Enoc Francisco Morán Torres
Jessica Cristina Romero Michel

Coordinadores

UNIVERSIDAD DE COLIMA

tirant lo blanch

© Universidad de Colima, 2024
Avenida Universidad 333
C.P. 28040, Colima, Colima, México
Dirección General de Publicaciones
Teléfonos: 312 316 1081 y 312 316 1000, extensión: 35004
Correo electrónico: publicaciones@ucol.mx
http://www.ucol.mx
DOI: 10.53897/ LI.2024.0019.UCOL
5E.1.1/317000/045/2024 Edición de publicación no periódica

ISBN electrónico: 978-607-8984-26-8
ISBN impreso: 978-607-8984-25-1

© Tirant Lo Blanch México
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc
C.P. 06100, Ciudad de México
Teléfono: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es

ISBN electrónico: 978-84-1071-830-2
ISBN impreso: 978-84-1071-829-6

Derechos reservados conforme a la ley
Publicado en México / *Published in Mexico*

Este libro está bajo la licencia de Creative Commons, Atribución – NoComercial - CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)
Usted es libre de: **Compartir**: copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato. **Adaptar**: remezclar, transformar y construir a partir del material bajo los siguientes términos: **Atribución**: Usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante. **NoComercial**: Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales. **CompartirIgual**: Si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License.
You are free to: **Share**: copy and redistribute the material in any medium or format. **Adapt**: remix, transform, and build upon the material under the following terms: **Attribution**: You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use. **NonCommercial**: You may not use the material for commercial purposes. **ShareAlike**: If you remix, transform, or build upon the material, you must distribute your contributions under the same license as the original.

Proceso editorial certificado con normas ISO desde 2005
Dictaminación doble ciego y edición registradas en el Sistema Editorial Electrónico PRED

Registro: LI-007-22
Recibido: Abril de 2022
Publicado: Septiembre de 2024

Índice

Prólogo 7

Introducción general..... 13

Crisis y desafíos de la tutela judicial efectiva en una sociedad multicultural 17
Enrique Letelier Loyola

Derechos humanos ambientales..... 37
Mario Peña Chacón

Desarrollo frente a pasivos ambientales: Corresponsabilidad del estado... 119
Violeta Mendezcarlo Silva

Iusmaterialismo Iberoamericano. El derecho en América Latina y su necesaria armonía cósmica 136
Mauricio Iván Vargas Mendoza

La crisis del positivismo jurídico y la subjetividad-relativismo posmodernos, como condiciones de posibilidad del pluralismo jurídico ... 159
Luis Moreno Diego

Del pluralismo cultural al pluralismo jurídico de los pueblos indígenas en México: Avances..... 185
María Elizabeth López Ledesma

Noción descriptiva y normativa de salud: Alcances en materia de derechos humanos 208
Adriana Elizabeth Mancilla Margalli

La libertad reproductiva como fundamento para el acceso a la maternidad subrogada..... 228
Christian Lizárraga Félix

La partidocracia legislativa mexicana: Su antiideología como elemento de análisis..... 246
Enoc Francisco Morán Torres

La participación ciudadana en el diseño de políticas públicas destinadas al desarrollo social en México..... 269
Enoc Francisco Morán Torres
Iván Sánchez

Oportunidades de la flexibilización laboral en servicios empresariales intensivos en conocimiento y los trabajadores del conocimiento 288
Héctor Darío Ramírez Medina
Oscar Javier Solorio Pérez

Protección multinivel en la indemnización por responsabilidad estatal 310
José Manuel López Libreros
Miguel Ángel Veloz Romo

Conclusiones generales 328

Participantes 333

Prólogo

Es un honor prologar la presente obra colectiva *Pluralismo jurídico y colisión de derechos*, coordinada por el Dr. Enoc Francisco Morán Torres cuya finalidad es revisar ambos aspectos importantes, a partir de proceso de la reflexión epistémica sobre las implicaciones del pluralismo jurídico que, en casos difíciles, puede devenir en colisión de derechos, ya que, en el primero, se da la coexistencia de sistemas legales superpuestos como fenómeno de distintas colisiones de derechos, tales como: conocimiento tecnológico *versus* derechos humanos, medioambiente *versus* derecho al desarrollo, políticas públicas *versus* derecho a la democracia; líneas temáticas que conformaron las ponencias del congreso, buscando encontrar una respuesta epistémica y la que se refleja con rigor metodológico mediante una tesis pluralista antes que multiculturalista, en los distintos capítulos de la obra, a los que me refiero a continuación y de los que destaco aspectos que llamaron mi atención por ser relevantes o temas de frontera.

Así, Enrique Letelier Loyola, justifica el derecho a la tutela judicial desde el valor de la dignidad humana, citando al gran jurista Norberto Bobbio, quien basándose en la técnica de la igualdad como diferenciación, considera titulares sólo a quienes tienen la carencia y no a todos, lo que se aleja de los clásicos derechos del hombre y del ciudadano, que parten de la igualdad como equiparación, porque se hace necesario un proceso de especificación de los derechos fundamentales con relación a su contenido desde una perspectiva material, encontrando su fundamento en el valor de la solidaridad o fraternidad, como reconocimiento de la dignidad humana.

Mario Peña Chacón nos dice que para entender el fenómeno jurídico de la ecologización de los derechos humanos debe primero tenerse clara la existencia de una serie de derechos humanos autónomos e independientes entre sí, pero íntimamente ligados al derecho a un ambiente sano; conocidos en su conjunto como derechos humanos ambientales y que se clasifican en dos grupos: en el primer grupo, los derechos de procedimiento y de acceso a la información ambiental, a la participación pública en la toma de decisiones y a la justicia ambiental; y en el segundo grupo, los derechos sustantivos, entre ellos el derecho a la vida, la integridad personal, la salud, agua potable y saneamiento, alimentación, vivienda, propiedad y paz; así como a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales, de las personas en casos de catástrofes, de los desplazados ambientales y de los defensores de los derechos humanos.

Violeta Méndez Carlo afirma que frente al pretendido conflicto de los derechos a un ambiente sano y al desarrollo, no debería considerarse como tal, ya que es preferible adoptar una postura más alejada de la propuesta conflictivista y mejor considerar que estamos hablando de dimensiones espacio-temporales de derechos que resultan complementarios entre sí, dado que el derecho humano a un medioambiente sano interviene como componente necesario del derecho humano al desarrollo en un plano espacial desde el punto de vista de la perspectiva ética antropocéntrica, y en un plano temporal desde el punto de vista de la lógica intergeneracional del desarrollo sustentable, que sujeta al derecho humano al desarrollo a reproducir el componente ambiental.

Mauricio Vargas Mendoza señala que las necesidades y los problemas generados actualmente por el sistema económico, requieren un abordaje diferente mediante el jusmaterialismo o iusmaterialismo Iberoamericano, corriente de pensamiento que surge de la complejidad y que resulta revolucionaria por pretender transformar la racionalidad hegemónica en los sistemas jurídicos; es decir, el iusmaterialismo Iberoamericano ya no proviene de los neomarxistas, sino que constituye una corriente de pensamiento jurídico que permite analizar el derecho desde la realidad histórica y que surge a partir de postulados propios de la filosofía iberoame-

ricana. Para el iusmaterialismo Iberoamericano, el derecho ocurre como praxis y lucha cotidiana en la vida de los pueblos, teniendo como parámetro, satisfacer las necesidades humanas, en armonía con la naturaleza y el Cosmos, como una cosmología nueva del derecho que parte de los pobres en sentido geopolítico.

Luis Moreno Diego, a partir de Giovanni Sartori, distingue tres tipos de pluralismo: el *pluralismo como creencia*, que equivale a la sociedad secularizada, pues pluralismo y secularismo son campos semánticos complementarios, dado que no puede haber visiones monistas en una cultura secularizada; el *pluralismo social*, como un hecho en todas las sociedades, entendiendo que están diferenciadas en una complejidad estructural de clases sociales; y el *pluralismo político*, como expresión de pluralidad de grupos independientes y no exclusivos, en esta connotación, puede pensarse que el pluralismo se implementa y refleja sobre la noción del consenso y el conflicto, particularmente en la democracia, sin embargo, más bien es el *quid* de la concepción pluralista, y tiene que ver con la dialéctica del disentir, misma que presupone en parte el consenso y, también, en parte la intensidad del conflicto, pero que no se resuelve necesariamente en la democracia.

Elizabeth López Ledezma escribe que estudios antropológicos y arqueológicos demuestran la existencia de sistemas jurídicos y diversidad de culturas de los pueblos asentados en Aridoamérica y Mesoamérica antes de la llegada de los españoles. Al momento de la colonización, el encuentro de cosmovisiones que se reflejó en todos los ámbitos de la vida de españoles e indígenas originó conflictos. El ordenamiento jurídico, político, social y cultural hispano se fundamentó en los principios del cristianismo; mientras que el de los indígenas se basaba en la preocupación por la conservación y equilibrio del universo. Frente al conflicto de la existencia de dos cosmovisiones diferentes en un mismo territorio, España propuso la implantación de instituciones jurídicas y culturales castizas, adecuando las instituciones jurídicas castellanas a la realidad indiana.

Adriana Mancilla Margalli destaca que el pensamiento bioético en Latinoamérica, aunque con variadas y muy diversas expresiones, se ha mostrado casi unánime en su rechazo a considerar que la salud es un término al que le basta una perspectiva

biológica y cientificista; pues para los diferentes bioeticistas en los países latinoamericanos, no existe una biología individual fuera del contexto social en que se analiza, e incluso las necesidades más básicas como el alimento, el agua, la vivienda, que se satisfacen a través de expresiones y modalidades distintas en cada grupo humano. Las necesidades en salud son impactadas en mayor medida por lo social que por lo biológico, como se ve cuando se analizan grupos sociales y comunidades sometidas a similares rasgos económicos, culturales, biológicos y ambientales.

Cristhian Lizárraga Cruz, en el tema de la maternidad subrogada, reflexiona sobre preguntas por resolver; por ejemplo, si el acceso a ese tipo de maternidad es sólo permisible para aquellas mujeres que poseen alguna incapacidad para gestar o también para mujeres que no desean embarazarse por cuestiones estéticas o económicas de desarrollo profesional. Respecto a la aportación de los padres comitentes, se pregunta también si es necesario que al menos uno de los gametos provenga de la persona o personas contratantes o si se permite que tanto el óvulo como el esperma que conforman el embrión sean aportados por donadores, por lo cual, el menor que nace como consecuencia de esta práctica no tendría ningún vínculo genético con los comitentes.

Enoc Francisco Moran Torres aborda sobre la actual sociedad de la comunicación que ofrece a los partidos la posibilidad de transmitir con mayor claridad su ideología, impensable en los tiempos de los partidos de masas, que gradualmente tienden a volverse partidos de cuadros. Afirma que la inmediatez de los mítines que los líderes partidarios y candidatos ofrecían a los simpatizantes y militantes del partido de masas, se sustituye por la de los mensajes en los medios de comunicación televisados, alcanzando una difusión incomparable, al grado de que ya se habla, según Sartori, de la "telecracia"; por lo que se piensa que las promesas de los partidos contemporáneos adquieren el carácter de un verdadero compromiso ideológico, más claro y del que es testigo toda la opinión pública cuando se realizan, por ejemplo, en los medios de comunicación o se discuten en los debates electorales televisados, aunado al uso de las redes sociales que masifican los mensajes, escudadas en el derecho humano a la libertad de expresión.

El mismo profesor Morán Torres en coautoría con Iván Sánchez, afirman que aun cuando se cuenta con instituciones encargadas de promover y difundir el derecho al acceso a la información, fortalecida en el marco normativo referente a la participación, y se ha innovado en temas de garantías, se tiene una gran deuda con la ciudadanía a la hora de generar confianza para el ejercicio de voto o del involucramiento en asuntos políticos. Que es preocupante cómo la carencia de participación ocasiona que un porcentaje tan pequeño de población que participa en los procesos electorales, pueda elegir sobre los intereses colectivos, corrompiendo así los principios clásicos de la democracia.

Héctor Darío Ramírez Medina y Oscar Javier Solorio Pérez analizan el punto de equilibro en la colisión de derechos y que denominan simetría, particularmente en la flexibilización del mercado laboral en las empresas de tecnología, debido a que en la actualidad se han estado generando fuertes choques en el ámbito político y la comunidad académica, derivado de un incremento acelerado en el uso de la figura conocida como subcontratación, argumentando los laboralistas y socialistas que, de igual forma, está creciendo la precarización de la mano de obra, de aquí la necesidad de analizar la flexibilidad laboral desde varios puntos de vista, para generar una subcontratación lo más ética posible.

José Manuel López Libreros y Miguel Ángel Veloz Romo analizan cómo en México se da un fenómeno de coexistencia de normativa interna e internacional en materia de derechos humanos, en donde las autoridades deben de analizar las normas existentes a fin de aplicar aquella que genere una protección más amplia para los gobernados; en materia de responsabilidad estatal, esta coexistencia enfrenta la regulación limitada existente en México, con los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en donde la amplitud de éstos obliga a su prevalencia en aplicación del principio propersona.

Finalmente es de destacar en esta obra, que aun cuando existen diversidad de autores y autoras, de aportaciones y de abordajes epistemológicos, se ha logrado dar un hilo conductor desde una tesis (más pertinente que una hipótesis, tratándose de ponencias) en pluralismo y colisión de derechos, en una coherencia

metodológica que se refleja desde la introducción y se agota en las conclusiones generales en las que, a partir de Zagrebelsky, se concluye que es posible sustituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado por la soberanía de la Constitución, lo que desde el pluralismo tiene sentido en cuanto que es la propia Constitución, en el caso de México, la norma suprema que reconoce la pluriculturalidad de la Nación, sustentada en la identidad colectiva e individual de la persona; por lo que, la soberanía se justifica ante todo en la persona humana, y más que colisiones entre derechos, podríamos encontrar alternativas jurídicas plurales para dotarle de más y mejores derechos.

¡Enhorabuena a las y los autores y al coordinador de esta obra colectiva: *Pluralismo jurídico y colisión de derechos*, que enriquece y aporta al debate nacional e internacional, justamente por la pluralidad de quienes la han escrito!

Dr. José Ángel Méndez Rivera
Profesor Investigador de la Universidad de Colima
y miembro del Sistema Nacional de Investigadores

Introducción general

La presente obra, *Pluralismo jurídico y colisión de derechos*, ha generado distintas reflexiones, pues se dice que en el devenir del pluralismo cultural surge el pluralismo jurídico y, por ello, en una cultura se presentan varias maneras y prácticas jurídicas que regulan a una misma sociedad cohesionada políticamente, pero diversa en su cultura jurídica, surgiendo así el pluralismo jurídico que cuestiona el monopolio del estado en la regulación jurídica, proveniente sólo de las instituciones estatales, legislativas o jurisdiccionales avaladas por los textos constitucionales.

Este monopolio ha variado, y los estados y sus respectivas instituciones se decantan por un pluralismo jurídico que acepta tanto los procedimientos jurídicos formales que caracterizan el tradicional derecho estatal como los procedimientos informales que surgen de la compleja realidad de grupos sociales diferenciados, y que incluyen grupos indígenas y afroamericanos; surgiendo así postulados jurídicos multiculturales que han sido criticados porque, se dice, instrumentalizan cosmovisiones aborígenes y productos culturales del mercado global, para darle a este legitimidad. Ante esta tensión, ciertos investigadores y académicos de las ciencias sociales han propuesto la utilización de términos como pluralismo o interculturalidad, conectados más a la diversidad de los derechos humanos que al mercado globalizado.

Son varias las posibilidades teóricas y de aplicación del pluralismo jurídico, así como la diversidad cultural en las sociedades y culturas contemporáneas que se diferencian de la perspectiva formal del estado constitucional mediante las prácticas regulativas que tradicionalmente caracterizan a los grupos étnicos y colec-

tivos, ya sean rurales o urbanos. Tales percepciones llevan a los siguientes interrogantes: ¿cuál es relación del pluralismo jurídico con la diversidad y las identidades culturales? ¿Por qué el multiculturalismo se considera una propuesta de tendencia liberal con intereses en el mercado y en contravía del reconocimiento real del pluralismo cultural y jurídico de las sociedades contemporáneas? ¿Cómo incide el multiculturalismo liberal y el pluralismo progresista en las decisiones de los jueces constitucionales en lo concerniente a la diversidad cultural?

Esta obra pretende responder a tales cuestionamientos, desde una tesis pluralista antes que multiculturalista, como postulado liberal que busca la convivencia de distintas culturas jurídicas en un mismo espacio, propuesta que ha sido recogida por tribunales tanto nacionales como internacionales y que debe ser promovida y protegida desde principios éticos, tanto de consenso como de dignidad humana, que permiten derechos humanos desde lo culturalmente diverso.

Sin olvidar que la tesis pluralista nos lleva a dos vertientes de pluralismo jurídico: el primero de orden mixto que se desprende de las instituciones gubernamentales y está plasmado en el texto constitucional. Oscila entre el formalismo del derecho estatal y las prácticas informales de aplicación de justicia; que se concilian en el eje de la estructura jurídica oficial que pasa por el reconocimiento y la regulación de las prácticas jurídicas tradicionales supervisadas por el Estado, mediante jurisdicciones especiales, que se vinculan a lo estatal por medio de la justicia de paz. En la segunda vertiente, el pluralismo jurídico es el de mayor dinamismo y se identifica como no estatal o puro. En este pluralismo las prácticas jurídicas son paralelas al Estado, como las que ejercen organizaciones locales o hasta grupos armados que regulan los conflictos por ausencia de instituciones gubernamentales, pero no cuestionan ni confrontan al Estado.

Así, la tesis pluralista en una u otra vertiente y en mayor o menor grado, metodológicamente se despliega en el desarrollo de los artículos: en el primero, en contraste con el pluralismo jurídico, se analiza la crisis y los desafíos de la tutela judicial efectiva en una sociedad multicultural. En el segundo, en el contexto de un pluralis-

mo mixto, se desarrolla el tema de derechos humanos ambientales. En el tercer artículo, en un pluralismo mixto, se analiza el desarrollo frente a pasivos ambientales: corresponsabilidad del Estado. En el cuarto, en visión cercana al pluralismo puro, se revisa el iusmaterialismo Iberoamericano, el derecho en América Latina y su necesaria armonía cósmica. En el capítulo artículo se aborda la crisis del positivismo jurídico y la subjetividad-relativismo posmodernos, como condiciones de posibilidad del pluralismo jurídico. En el sexto se analiza el derecho a la diferencia como condición de autonomía e identidad en la construcción de sociedades progresivamente igualitarias: un enfoque desde el pluralismo. En el artículo séptimo, en el contexto del pluralismo, se visualiza una noción descriptiva y normativa de salud: alcances en materia de derechos humanos. Mientras que, en el siguiente artículo, atendiendo a pluralismos jurídicos muy locales, se aborda la libertad reproductiva como fundamento para el acceso a la maternidad subrogada.

Asimismo, en una obra de pluralismo jurídico no podía quedar fuera un tema tan sensible a culturas diversas, como es la democracia y la participación ciudadana; así, en el artículo nueve se analiza la partidocracia legislativa: su antiideología como elemento de análisis. El décimo aborda la participación ciudadana en el diseño de políticas públicas destinadas al desarrollo social en México, desde luego que la flexibilización laboral y la protección multinivel son también connaturales a un pluralismo jurídico que atiende a realidades diferenciadas. El artículo siguiente, por su parte, aborda el tema de las oportunidades de la flexibilización laboral en servicios empresariales intensivos, así como los trabajadores del conocimiento. Finalmente, en el último artículo se analiza la protección multinivel en la indemnización por responsabilidad estatal.

Reflexionar acerca del pluralismo jurídico implica, directa o indirectamente, pensar también en colisión de derechos, tema que se resuelve en las conclusiones generales de la presente obra, ya que el pluralismo jurídico ha sido entendido como uno de los conceptos clave en la visión posmoderna del derecho, en la cual se da la coexistencia de sistemas legales superpuestos, pues en el contexto de la globalidad y la multiculturalidad, ha surgido el fenómeno de distintas colisiones de derechos, como son el cono-

cimiento tecnológico *versus* derechos humanos, medioambiente *versus* derecho al desarrollo y políticas públicas *versus* derecho a la democracia, fenómeno que requiere una respuesta epistémica y la que puede encontrarse, en los distintos capítulos de pluralismo jurídico, desarrollados por los diversos autores y autoras que escriben el presente texto de carácter colectivo.

Crisis y desafíos de la tutela judicial efectiva en una sociedad multicultural

Enrique Letelier Loyola

Justificación del derecho a la tutela judicial en el valor de la dignidad humana

La evolución de los derechos humanos o derechos fundamentales, como algunos preferimos llamarlos, ha tenido la virtud de mostrar la posición que ocupan las personas en sociedad. Con los fenómenos de *positivación*, al ser reconocidos en textos constitucionales; de *generalización*, extendiendo su eficacia para todas las personas; de *internacionalización*, que permite reconocer su universalismo a través de diversos instrumentos de vigencia internacional; y de e*specificación*, dado que deben reconocerse con mayor precisión y fuerza en favor de determinados grupos. Se refleja la idea de que la persona humana es el núcleo de la actividad institucional del Estado y que el Derecho —como herramienta de convivencia pacífica— no se justifica sino para el bienestar de las personas y el desarrollo de las comunidades. Y es en el ámbito de la especificación de los derechos fundamentales donde radica el punto de partida a las palabras que dedicaré a los problemas y retos de la tutela judicial en una sociedad multicultural.

El fundamento de la *especificación* encuentra asilo en los contextos de desigualdad en que se encuentran los titulares de los derechos fundamentales que representan posiciones de debilidad, que deben ser protegidas por el derecho con la finalidad de lograr una equiparación en el disfrute de los derechos. Con él se ingresa, sin lugar a duda, en el resbaladizo terreno en que se desarrolla el viejo debate entre igualdad y diferencia.

Desde un punto de vista subjetivo; es decir, desde la titularidad de los derechos, la especificación —como explicaba el gran jurista turinense Norberto Bobbio— acude a la técnica de la igualdad como *diferenciación*: "Considerándose titulares sólo a quienes tienen la carencia y no a todos, lo que se aleja de los clásicos derechos del hombre y del ciudadano que parten de la igualdad como *equiparación*, siendo derechos de todos" (Bobbio, 1991: 110). El proceso de especificación de los derechos fundamentales, con relación a su contenido o desde una perspectiva material, encuentra su fundamento en el valor de la *solidaridad* o *fraternidad*, pudiendo reconocerse en importantes sectores que abarcan los derechos: los relativos al medioambiente y a la protección del entorno natural, el derecho al desarrollo y el derecho a la paz social (Peces Barba, 2004: 123).

No debe soslayarse que el proceso de especificación de los derechos fundamentales, inspirado en el derecho al desarrollo y en el valor de la solidaridad, contribuyó al nacimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, de los que son obras jurídicas señeras la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar 1919. Empero, el reconocimiento de tal clase de derechos, gran avance en el paulatino paso del Estado de Derecho hacia el Estado Social de Derecho, ha supuesto el subyacente abandono de la concepción del hombre titular de derechos como un *ser ideal y abstracto*, hacia otra concepción del hombre como un *ser histórico y social*, que actúa motivado por necesidades (Pasini, 1981: 124-125).

Esta noción del sujeto de derechos en su dimensión histórica o social, esto es, como un ser humano concreto, se aleja de la tradicional idea kantiana de un ser autónomo, racional, revestido de un velo de ignorancia y *ahistórico*. Los derechos económicos, sociales y culturales no pueden definirse ni justificarse prescindiendo

de sus fines particulares y de las necesidades humanas, como hacía Kant, por lo mismo explica Prieto Sanchís (1990: 45): "Tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, ya que se formulan para atender carencias y necesidades instaladas en la esfera desigual de las relaciones sociales.

Empero, no es suficiente el solo reconocimiento por el Estado de derechos en favor de las personas, pues ellos no se resuelven en meros poderes abstractos, sino que resulta indispensable que sus titulares sean puestos en condiciones tales que esos poderes abstractos se transformen en concretos. Satisfaciendo tal imperativo de concreción el estado cumple su rol de garantizar las condiciones mínimas para la vida humana y para el desarrollo y la autorrealización de los individuos junto a otros.

A pesar de las dificultades en su conceptuación, afirmo que en ese llamado de atención subyace la idea que la *dignidad humana*, fundamento y justificación de los derechos fundamentales, tanto en su evolución como en el imperativo de su garantía, constituye un núcleo esencial irreductible que debe defenderse. La idea de la dignidad humana, explica Dworkin, supone que hay maneras de tratar a las personas que "son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana" y permite sostener que un determinado tratamiento sea profundamente injusto y repudiable (Dworkin, 1989: 295).

Siguiendo este curso de ideas en las que se resalta que el reconocimiento de los derechos fundamentales evoluciona hacia su especificación con el paradigma de sujetos titulares considerados como seres históricos, dotados de realidad con necesidades y que demandan la concreción de sus derechos, converge el derecho a la tutela judicial, también como derecho fundamental, pero instrumentado hacia el íntegro y oportuno goce y ejercicio de todos los derechos; derecho instrumental, que se activa especialmente cuando tales derechos son amenazados, limitados o desconocidos. En otras palabras, el derecho a la tutela judicial se dirige hacia la concreción de los derechos, cualquiera que sea la fuente legítima de su titularidad, resguardando la dignidad de las personas en una noción que nos acerca a la cualidad humana de la *sociabilidad*; es

decir, la capacidad de reconocer un semejante en el otro y que supone que la dignidad sólo puede desarrollarse en la vida en común con otros hombres y mujeres: poder vivir *con* y *para* otros (Nussbaum, 2007: 89).

Para exponer cómo el derecho a la tutela judicial se instrumenta hacia la concreción de los derechos, y más aún a la concreción y garantía de los derechos con una perspectiva multicultural, es preciso explicar qué entendemos por tutela judicial.

Cuestiones en torno a la denominación

La expresión tutela judicial no es siempre usada de forma corriente o de manera uniforme, sino que ha sido principalmente tomada del desarrollo jurisprudencial que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo españoles han hecho del art 24.1 de la Constitución de España, cuyo precepto manda: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

En Chile, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional reconocen la existencia de este derecho, pero no siempre con la misma nomenclatura: unas veces se habla del derecho a la acción, otras del derecho al proceso, otras del derecho a la jurisdicción, otras del derecho de acceso a la justicia y en otras de tutela judicial efectiva (Bordalí Salamanca, 2011b: 312). Con todo, el Tribunal Constitucional identifica la noción de tutela judicial efectiva como un derecho consagrado por la Constitución, aunque no lo denomine así.[1]

En el sistema mexicano, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce la garantía individual de acceso a la impartición de justicia, que ha sido asimilada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en esos expresos términos, al *derecho a la tutela judicial efectiva*, que comprende, según esta alta magistratura, los derechos de justicia pronta, de justica completa, de justicia imparcial y de justicia gratuita.[2]

1 En este sentido, el TC, *vg.* SSTC 815-07, 1535-09, 2546-13, 2697-14, 2748-14, 2895-15, 2988-16, 2990-16, 3123-16, 3262-16, 3406-17. Lo propio reconoce la CS, *vg.* SSCS 40558-2016, 87805-206, 43063-2017 y 1378-2018.

2 Así de la SCJN, la tesis 2ª XXI/2019, que remite a la tesis 2ª / J. 192/2007.

En Colombia, el derecho de acceso a la administración de justicia, reconocido constitucionalmente en el art. 229 de la citada Constitución, ha sido asimilado, por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al derecho a la tutela judicial efectiva haciendo expreso uso también de esa denominación.[3]

Por las dificultades que conlleva el extenso debate en torno a los estándares que el art. 24.1 de la Constitución española supondría para que la tutela judicial sea efectiva (Garberí Llobregat, 2009: 115 ss.), a la vez que introduce algunas dudas en cuanto a las vinculaciones de este derecho con el derecho material en juego, más de alguno propone identificarlo sólo como derecho a la tutela judicial (Bordalí Salamanca, 2011b: 312).

Incardinación normativa del derecho a la tutela judicial

Existe un alto grado de consenso que el derecho a la tutela judicial efectiva reconoce en las cartas constitucionales y en las normas convencionales del sistema interamericano. No hay dudas que el derecho de acceso a la justicia está reconocido y garantizado como "norma imperativa de derecho internacional" (Steiner y Uribe, 2014: 213),[4] por el precepto del art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tanto por aplicación de las reglas sobre hermenéutica de los derechos humanos como por el ingente desarrollo jurisprudencial de la CorteIDH, se considera un pilar básico de un Estado de Derecho, siendo contrarios a la Convención cualquier traba u obstáculo que los Estados pongan para que los justiciables accedan a los servicios de justicia en busca de la determinación y protección de sus derechos.[5]

Además, el art. 25 de la Convención Americana consagra una importantísima vía de tutela para la protección y resguardo de los derechos garantizados en la Convención y en las constituciones de cada país, que puede ejercitarse incluso contra los propios

3 *Vg.* Sentencia C-031/19, pf. 21.

4 Con referencia al caso Goiburú y otros *versus* Paraguay.

5 CorteIDH, caso Cantos *versus* Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2002, serie C No. 97, pf. 5º.

agentes del estado: el *effective remedy* o recurso sencillo y efectivo contra violaciones a los derechos fundamentales, que impone a los Estados signatarios el deber positivo de arbitrar estas vías de tutela, no bastando su mero reconocimiento formal si no se garantiza, en favor de los justiciables, su efectividad; es decir, la posibilidad real de su interposición.[6] En este sentido, se sostiene por la CorteIDH que la efectividad de los medios para garantizar los derechos debe valorarse en su aptitud para producir el resultado para el que ha sido concebido, tanto en situaciones de normalidad como de excepcionalidad.

En el constitucionalismo latinoamericano, la situación resulta clara: utilizando diversas expresiones e incluso fórmulas bastante ambiciosas, las cartas constitucionales reconocen en favor de los ciudadanos el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial, dentro de los derechos que sostienen el diseño democrático de los países. Por ejemplo, el art. 139.3 de la Constitución Política del Perú: "Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional"; el art. 115 de la Constitución Política de Bolivia: "Toda persona tendrá que ser protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; el art. 229 de la Constitución Política de Colombia: "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia; el art. 41 de la Constitución Política de Costa Rica: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales"; y el art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes".

En Chile, el derecho de acceso a la justicia se reconoce por el art. 19 Nº 3 inciso 1º del de la Constitución Política, al con-

6 CorteIDH, caso Cantos *versus* Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2002, serie C No. 97, pf. 5º, con cita a los casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 5, pf. 186; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supra nota 96, pfs. 111-113; y Tribunal Constitucional, supra nota 8, pf. 90.

sagrar el derecho de todas las personas a la igual protección de sus derechos (García Pino y Contreras Vásquez, 2013: 245; Hunter Ampuero, 2014: 209). De ahí que varias sentencias del Tribunal Constitucional destaquen que se trata de un derecho distinto al que se reconoce como derecho al debido proceso (STC 2697-14, cons. 17º), afirmando alguna sentencia que el derecho de acceder libremente a los tribunales; es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva, es un *prius* sobre el que descansan el resto de los derechos de naturaleza procesal, que reconocen esta norma constitucional como el derecho de defensa, el derecho al juez natural y el derecho al debido proceso (STC 2895-15, cons. 7º).

Tutela judicial como manifestación del derecho de acción

La doctrina procesal latinoamericana ha dedicado muchos esfuerzos al concepto y naturaleza de la acción, influida por los trabajos de la escuela clásica italiana que —influenciada, a su vez, por la obra de los pandectistas alemanes de fines del siglo XIX— logró concebir a la acción como categoría general atípica con independencia del derecho material en disputa (Chiovenda, 1986: 20 ss.) y reconocerle, luego, el estatuto de un derecho subjetivo público y constitucionalizado (Proto Pisani, 2014: 60). Con las aportaciones de Eduardo Couture, se reconoció en la acción un derecho constitucional de actuación (*mera* actuación) con fundamento en el derecho de petición (Couture, 1958: 74 ss.). Actualmente, se concibe como un derecho fundamental que permite desencadenar la función jurisdiccional del estado para la tutela del derecho material (Marinoni, 2015: 31 ss.).

El que se conciba a la acción como un "derecho subjetivo público, de carácter constitucional, consistente en excitar o poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del estado" (Gimeno Sendra, 1981: 130), o como "un derecho fundamental (público o privado, poco interesa) que tiene como función inmediata la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos" (Proto Pisani, 2014: 67), o como "un derecho fundamental a la tutela efectiva, entendiéndose por 'efectiva' la tutela del *derecho material* que tam-

bién es *tempestiva*" (Marinoni, 2015: 37), lo cierto es que el derecho de acción y el derecho de tutela judicial confluyen en el derecho de lo justiciable, de excitar la función jurisdiccional del estado para la tutela de derechos o intereses legítimos por medio de una respuesta motivada, derecho que tiene fundamento en la proscripción de la auto tutela (Garberí Llobregat, 2009: 116).

La relación entre el derecho a la tutela y el derecho de acción es muy clara, baste reparar en el tenor del art. 24.1 de la Constitución española y el art. 24 inciso 1º de la Constitución italiana: "Todos pueden accionar en juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos".[7] Ambas normas deben interpretarse a la luz del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y *públicamente*, y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley". En nuestra región, el mismo vínculo se identifica al relacionar las respectivas Constituciones con el *derecho a ser oído* del art. 8 de la Convención Americana y el derecho a contar con un *recurso o remedio efectivo* para tutela de derechos fundamentales garantizado art. 25 de la Convención (Steiner y Uribe, 2014: 611 ss.).

Tutela judicial y debido proceso

Si bien los orígenes del derecho a la tutela judicial y al debido proceso (*due process of law*) se hallan en sistemas jurídicos distintos, lo que se proyecta, además, en un contendido sustantivo diferente, preferimos ver entre ambos derechos una relación estrecha, puesto que, si el Estado debe garantizar el derecho de acceso a la justicia, el proceso jurisdiccional debe estar dotado de ciertos atributos que permitan la concreción de ese derecho.

Debido al derecho de acceso a la justicia los Estados asumen el deber de garantizar a los justiciables la activación de la jurisdicción estatal para la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos. El derecho al proceso con todas las garantías, en cambio, se traduce en un mandato dirigido a los Estados de configurar un proceso jurisdiccional revestido de determinados requisitos mínimos respetuosos

7 *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*

de los valores propios un Estado de Derecho, por lo que deben asegurar el derecho al juzgamiento por el juez predeterminado por la ley y la independencia e imparcialidad de los tribunales. Además, este derecho impone el cumplimiento de otros estándares, como el principio de audiencia y contradicción (audiatur et altera pars), la razonabilidad de los procedimientos, el derecho al juzgamiento dentro de plazo razonable, la publicidad de las actuaciones procesales, la garantía de la motivación de las sentencias, el derecho a impugnar las sentencias, el derecho a la ejecución de lo resuelto y, en general, la proscripción de la indefensión.

Los estándares del debido proceso son reconocidos como garantías por las normas convencionales de derechos humanos y deben aplicarse conforme las características de cada proceso y los específicos requerimientos de tutela de un derecho o interés legítimo. Por ello la CorteIDH declaró que el catálogo de derechos del art. 8.2 de la Convención se aplica, también, en asuntos no penales. La Opinión Consultiva 11/90 ha dado algunas pistas para extender aquella garantía, pues en ella la Corte expone:

> [E]n materias que conciernen con la determinación de [los] *derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter* el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de *debidas garantías* se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal [cursivas del original].[8]

Como es de esperar, el contenido del derecho de acceso a la justicia y al debido proceso ha sido precisado por las decisiones de las altas cortes de justicia. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha declarado que existen condiciones generales previas al debido proceso, que no lo integran pero que sí son elementos *sine qua non* para el reconocimiento y concreción de la referida garantía: el *derecho general a la justicia*, entendido como "la

8 OC solicitada por la Comisión IDH a la Corte, denominada "Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana de Derechos Humanos)", de 10 de agosto de 1990.

existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia", y el *derecho general a la legalidad*, según el que, en general, "toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento", con sus dos corolarios más importantes, como son el principio de regulación mínima y el de reserva de ley.[9]

El Tribunal Constitucional de Perú ha declarado que el derecho de acceso a la justicia implica "la garantía de que los ciudadanos puedan acceder a los órganos jurisdiccionales para que se resuelva una situación jurídica, conflicto de derechos o presentación de reclamos en un proceso judicial". Por cierto, el Estado no puede garantizar la respuesta estimatoria a las demandas de tutela, sino sólo una respuesta "razonada y ponderada".[10]

En Colombia, la Corte Constitucional distingue también entre el derecho a la tutela judicial y el derecho al debido proceso, y declara que éste, de configuración legal, permite al legislador crear formas procesales que no limiten el núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia; así como, también, que el derecho a la tutela judicial debe ser precisamente *efectiva*:

> Pues el Estado no solamente está en la obligación de garantizar el derecho de los ciudadanos a acceder al aparato judicial a través de su participación en los procesos establecidos para ese propósito, sino que también implica que "a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas. […] En este sentido —prosigue la Corte Constitucional—, de acuerdo con la interpretación de esta Corte, el acceso a la justicia debe entenderse no sólo como la posibilidad de acudir a los jueces competentes para dirimir una determinada controversia o conflicto, sino que además se debe entender cómo la posibilidad de que dicho planteamiento se haga efectivo a través de la culminación del proceso con la determinación final del juez sobre el caso y el cumplimiento de la sentencia.[11]

9 Corte Suprema de Justicia (sala Constitucional), consulta judicial Nº 1739 de 1/07/1992 J, resultando X.

10 Tribunal Constitucional Exp. 01873-2014-AA/TC.

11 Sentencia C-031/19, pf. 21, con cita a la sentencia C-037 de 1996.

Como se anticipaba, una interesante jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana asimila la garantía del acceso a la administración de justicia al *derecho a la tutela judicial efectiva*, dotándolo de un robusto contenido material: los derechos de justicia pronta, de justica completa, de justicia imparcial y de justicia gratuita. La tesis jurisprudencial que aludimos tiene relevancia, además, porque extiende la garantía constitucional del acceso a la administración de justicia, con los referidos estándares, para ejercitarse ante cualquier autoridad que *materialmente* ejerza jurisdicción.[12]

En Chile, algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema confunden ambos derechos, al declarar que existiría un *metaderecho* al debido proceso, inclusivo del derecho de acceso a la jurisdicción o derecho a la acción. Empero, en los últimos años la jurisprudencia de este país ha optado considerarlos como dos derechos distintos[13] que quedarían cubiertos bajo la noción común de un metaderecho a la justicia, comprensiva del derecho de tutela, el derecho al debido proceso y el derecho a la *inmodificabilidad* de lo resuelto (Garberí Llobregat, 2009: 129 ss; Vargas y Fuentes, 2018: 184-185).

El derecho a la tutela estaría integrado por cuatro derechos (o subderechos): accionar para provocar la actividad jurisdiccional, obtener una resolución motivada, impugnar las decisiones que causen agravio y ejecutar lo resuelto jurisdiccionalmente. El derecho al debido proceso comprendería un conjunto de estándares o condiciones mínimas regulados por la ley[14] que debe cumplir el proceso ya iniciado (Nogueira Alcalá, 2008, p. 280 ss.; Bordalí Salamanca, 2020, p. 257 ss.); estos se han configurado progresivamente por la actividad del legislador y la jurisprudencia de los tribunales, fuentes en las que cada día tienen más influjo las normas convencionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales supranacionales (como res *iudicata* y como res *interpretata*).

12 SCJN, la tesis 2ª XXI/2019, que remite a la tesis 2ª / J. 192/2007.
13 En este sentido la STC 2697-14 cons. 17º
14 STC 1318-10 cons. 9º y 14º

Tutela judicial y derecho material

El derecho de accionar excitando la función jurisdiccional no supone en su titular, a la vez la titularidad, sobre el derecho que afirma vulnerado. Si la separación entre el derecho subjetivo público de acción y el derecho material vulnerado fue un avance de la dogmática procesal de mediados del siglo XIX, durante el siglo XX se ha evolucionado hacia independizar la acción de la propia pretensión (Gimeno Sendra, 1981: 134), por lo que las tesis abstractas de acción parecieran reconocer en su titular un derecho de tutela judicial con total independencia de una relación jurídica material, bastando con la mera afirmación de un derecho (Garberí Llobregat, 2009: 120 ss.).

Esta afirmación, que pudiera ser más proclive a un desarrollo expansivo de la tutela judicial (como derecho a un proceso jurisdiccional que se pronuncie sobre el conflicto) y que podría tener asidero en normas generales que consagran el derecho a ser oído por los tribunales de justicia (art. 8, Convención Americana), contrasta con el hecho poco discutible de que los justiciables acuden al proceso jurisdiccional reclamando la tutela de un derecho o interés que se afirma vulnerado, desconocido o limitado, por lo que hay que redimensionar los vínculos entre el derecho de acción y el derecho material, vinculación que aparece dada por la existencia de un *interés legítimo* en quien acciona (Bordalí Salamanca, 2011a: 518).

El punto es discutible porque, si bien la total independencia entre el derecho de acción y el derecho material puede justificar el hecho de accionar como el solo ejercicio de un poder de demandar (Devis Echandía, 2002: 183), una vinculación estrecha entre acción y pretensión concibiendo a la primera —como el derecho al pronunciamiento de una sentencia favorable o justa, o sobre el fondo (Romero Seguel, 2006: 15)— podría justificar que se niegue el acceso al proceso cuando el juez controle, *in limine*, los requisitos de fundabilidad y legitimación de la pretensión (Gimeno Sendra, 1981: 134).

Algunas cuestiones problemáticas en el ejercicio del derecho a la tutela judicial

El ejercicio del derecho a la tutela judicial enfrenta múltiples dificultades y desafíos que el diseño del modelo de justicia no puede soslayar si atendemos a las distintas capacidades y necesidades de los justiciables (Nussbaum, 2007: 102 ss.). No me referiré a las dudas y dificultades que surgen de la estructura orgánica de la administración de justicia ni del desempeño de los jueces, abogados y funcionarios, sino que pondré acento en las que nacen de la *materialidad* del conflicto, cuestión que se vincula a su vez con las particularidades de los individuos y las específicas maneras de relacionarse entre sí.

No pocas son las dificultades que se identifican en el proceso penal. Y parto con una toma de postura: a pesar de lo dispuesto por diversos cuerpos normativos, es dudoso que en el proceso penal el Ministerio Público o Ministerio Fiscal ejerza una verdadera acción procesal, pues frente a un hecho que reviste los caracteres de delito, por mandato habitualmente constitucional, el Ministerio Público cumple con un *deber*: perseguir penalmente bajo estricto apego al principio de legalidad penal, es decir, la tipicidad que justifica la persecución y legalidad procesal, esto es, el deber perseguir penalmente, salvo que por ley se justifique la oportunidad reglada en sentido amplio.

La víctima —que antaño formaba parte del grupo que había sido preterido sólo al rol de un testigo privilegiado— es hoy un actor que ha sido redescubierto por la victimología, y reposicionado en el proceso penal como un interviniente que detenta intereses y ejerce derechos en esta sede. La pregunta es ¿cuáles?

En mi opinión, resulta discutible que la víctima pueda ejercitar una verdadera acción penal, en el sentido de promover autónomamente la persecución penal, puesto que la persecución de los delitos es una potestad entregada al órgano público y la víctima carece del interés jurídicamente protegido en la imposición de una pena y que, por tanto, pueda ser satisfecho por el proceso penal (Bordalí Salamanca, 2011a: 523 ss.). El punto no es simple porque, siguiendo la tradición que lo sostiene o adoptando mode-

los de reforma, cada sistema reconoce a la víctima distintos grados de participación en el proceso penal, con mayor o menor autonomía en el ejercicio de la acción penal: desde admitir su actuación sólo como acusador adhesivo —que implica reconocer en su favor un interés jurídicamente tutelado en el proceso penal como derecho al proceso— hasta reconocerle un derecho de actuar como acusador privado autónomo; es decir, reconocer a la víctima un interés tutelado por el derecho en la imposición de una pena al acusado (Barona Vilar, 2011: 101; González Cano, 2015: 41).

Esto no significa, en caso alguno, desconocer el derecho de la víctima de intervenir en el proceso penal, máxime si la cuestión se mira desde la óptica del *derecho del conflicto*. Víctima y victimario son protagonistas de un *conflicto penal*, por lo que cualquier solución *idónea*, desde el punto de vista político que tienda a la pacificación social y desde el punto de vista empírico que busque la reparación del daño, debe atender a su interés jurídicamente tutelado. La intervención activa del ofendido, además, permite que por su conducto la sociedad controle la actuación del Ministerio Público y de las policías en una especie de *función de contrapeso y control externo*, posición que, indudablemente, se ve reforzada al permitírsele un rol de acusador privado con el ejercicio autónomo de la acción penal (Maier, 1991: 43).

En mi opinión, reconocer el derecho de la víctima a participar en el proceso y activar la investigación, así como de perseguir la *reparación del daño* en modalidades restaurativas, el sistema de tipo acusatorio debe garantizar a la víctima la titularidad de un *derecho al proceso*, actuando por lo general sólo como acusador como adhesivo, conforme al modelo que, por ejemplo, recoge prevalentemente el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica[15] y sólo de modo muy excepcional como acusador privado autónomo (Letelier Loyola, 2019: 20-21).

15 Se afirma que es el modelo preponderante porque en el texto principal del art. 78 se propone en subsidio uno diverso, que suprime la calificación de "adhesivo" para los países que prefieran políticamente "un querellante con mayores atribuciones para la persecución penal", incorporando en sus sistemas la acción popular. En el art. 339 se propone un texto que permite a querellante "acusar él mismo". Véanse sus artt. 78 (querellante adhesivo), 269 (adhesión del querellante a la acusación pública) y 339 (recurso del querellante por adhesión).

En otro ámbito, que incide en conflictos de diversa naturaleza, no pocas son las dificultades que vinculan al ejercicio del derecho a la tutela judicial con el derecho a *impugnar* las decisiones judiciales. Por razones estructurales o de cuantía del asunto, no todo justiciable puede acceder a los recursos establecidos por la ley. Es frecuente que, enarbolando banderas de eficacia del sistema, los modelos coloquen filtros, no siempre suficientemente definidos, para que sólo algunos asuntos puedan llegar a ser conocidos en fase de impugnación por un tribunal superior.

La existencia de cuantías mínimas del asunto controvertido para poder impugnar, que trasunta la idea de *justicia para las pequeñas causas*, es un filtro que, siendo objetivo desde la perspectiva de la igualdad ante la ley, puede crear consecuencias inicuas para quienes son titulares de esos legítimos intereses que el sistema califica como de cuantía insuficiente. En este sentido, los modelos no pueden cercenar el derecho de los justiciables a recurrir, cualquiera que sea la vía recursiva, siempre que se trate de mecanismos accesibles, idóneos y eficaces, puesto que el derecho de tutela judicial, en su convergencia con el proceso con todas las garantías, supone *pro actione* el derecho del agraviado a recurrir.

La existencia de otros filtros, como el *interés casacional* o bajo fórmulas semejantes, dota a los tribunales de un ámbito de discreción que puede provocar resultados particularmente injustos: la justificación que invoca el recurrente para la remoción del agravio puede no calificar como de interés para el sistema, quedando frustrada también la impugnación. Sin embargo, esta herramienta bien utilizada y que introduce necesarios espacios de discrecionalidad en las decisiones judiciales, ha permitido también que algunos grupos o comunidades tradicionalmente marginados, desprotegidos o derechamente violentados, como las mujeres, las comunidades indígenas, los afrodescendientes y la comunidad LGBTIQ+, entre otros, logren tutela judicial de sus derechos por las altas cortes, incluso con efectos jurídicos que trascienden del caso particular.

Acercándome al desafío del derecho a la tutela judicial en una sociedad multicultural —aunque propongo hablar de derecho a la tutela judicial *con perspectiva* multicultural— es necesario

reposicionar este derecho instrumental en la función de *tutela procesal del derecho material*.

Una concepción decimonónica del proceso jurisdiccional apegada al principio de legalidad procedimental, no permite que aquél se adecue a las particularidades del conflicto jurídico material. La indisponibilidad de las estructuras procesales, de los plazos legales y de las cargas asignadas *ex ante* por la ley, impiden que el juez y los justiciables modulen el proceso con miras a una decisión más eficiente y satisfactoria, considerando las particularidades de las partes y del conflicto jurídico material.

Los códigos y leyes procesales más modernos tienden a reconocer en el proceso una relación de colaboración, con fuertes imperativos de buena fe procesal, a la vez que regulan figuras que permiten la flexibilidad de los procesos para la mejor tutela del conflicto jurídico material (entre ellas el deber de colaboración, la disponibilidad sobre los plazos, la alteración de las cargas probatorias, la figura del *case management*, la noción de tutela diferenciada, la de tutela anticipatoria, etcétera) y tiendan finalmente la tutela de los derechos (Marinoni, 2015: 80-81).

Lo anterior impone al poder político el deber de configurar el proceso jurisdiccional como una vía para la *solución adecuada* de los conflictos, en unas sociedades en que inevitablemente convergen diversas culturas. Al respecto, resulta muy alegórica la disposición constitucional mexicana que manda en su art. 17:

> Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

No es casual, por ejemplo, que la Organización Internacional del Trabajo, en su Convenio 169 sobre *Pueblos Indígenas y Tribales*, disponga que todas las decisiones que el Estado adopte y que puedan afectar a tales comunidades deban adoptarse de buena fe, participativamente y respetando la *consulta previa* con relación a los temas que les afecten. Estos principios permean todas las decisiones de política pública que afecten o involucren a los miem-

bros de las comunidades indígenas y las que se relacionan con el acceso a la justicia.

El ejercicio del derecho a la tutela judicial, principalmente por organizaciones que han demandado la tutela colectiva de sus derechos, ha sido un motor relevante para la sustentación de *acciones afirmativas* que reconocen, siempre en su favor, un estatuto diferenciado de derechos, según grupo o comunidad identitaria. La promoción de acciones constitucionales o de demandas en contra de los estados efectuadas por grupos de personas que en distintos momentos de la historia han sido menoscabados, como las mujeres, los pueblos originarios, las minorías étnicas, algunas comunidades lingüísticas, los migrantes, la comunidad LGBTIQ+, las personas de la tercera edad, las personas afectadas por alguna discapacidad física o cognitiva y en general los grupos vulnerables, han resultado importantes respuestas jurisdiccionales para el reconocimiento respectivo y el ejercicio de sus derechos, a la vez que ha sido el antecedente de normas especiales que aseguran el respeto de su identidad y pertenencia comunitaria, y garantizan la *igualdad relacional* en el ejercicio de los derechos de que son titulares.

Cerrando le punto, debo advertir que reducir el derecho a la tutela judicial a un proceso jurisdiccional omite una realidad visible: un creciente número de personas inmersas en un conflicto jurídico material opta por prescindir de un proceso jurisdiccional y acude a los métodos alternativos (o adecuados) de resolución de conflictos (arbitraje, negociaciones, medicación, círculos comunitarios, conferencias, ADR en general, etcétera) (Chase, 2011: 133 ss.). Muchos de ellos se inspiran en viejas y asentadas prácticas comunitarias de pueblos originarios para quienes el conflicto entre dos personas implica también una afectación a la pacífica convivencia de la comunidad, por lo que involucrar al grupo de pertenencia tiene justificación. Así lo demuestran interesantes experiencias sobre mediación penal, mediación escolar y reuniones o conferencias en casos de conflictos familiares que afecten a niños, niñas y adolescentes.

A modo de ajustada síntesis

El principal desafío actual del derecho a la tutela judicial es garantizar la tutela procesal del derecho material, lo que importa reconocer las especiales circunstancias del conflicto material por el que se pide tutela y las particularidades de las personas relacionadas por el conflicto, observando que una respuesta jurisdiccional adecuada debe obedecer a específicas necesidades de tutela.

La filosofía política del multiculturalismo nos pone de frente con una realidad: la idea de una *cultura oficial*, que está en las antípodas del reconocimiento de las diversas culturas e identidades. Ellas no pueden ser entendidas por el derecho como un todo homogéneo, lo que sería una mera abstracción, sino como grupos y comunidades titulares de derechos según sus miembros, las personas, han de ser consideradas no como seres ideales sino como seres históricos, con necesidades y dotados de diversas capacidades.

El derecho a la tutela judicial *con perspectiva multicultural* impone, entonces, la garantía que el derecho de acceso a la justicia y a la respuesta jurisdiccional debe siempre respetar la identidad de los justiciables. Es, en estas lides, una manera de mantener a salvo el núcleo irreductible de la dignidad humana.

Referencias

Aldunate Lizana, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Barona Vilar, Silvia (2011). *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Trad. Rafael de Asís. Madrid: Sistema.

Bordalí Salamanca, Andrés (2011a). La acción penal y la víctima en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, pp. 513-545.

Bordalí Salamanca, Andrés (2011b). Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. *Revista Chilena de derecho*, 38 (2), pp. 311-337.

Chase, Oscar (2011). *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Trad. Fernando Martín. Barcelona: Marcial Pons.

Chiovenda, Giuseppe (1986). *La acción en el sistema de derechos*. Bogotá: Temis.

Devis Echandía, Hernando (2002). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Universidad.

Dworkin, Ronald (1989). *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel.

Garberí Llobregat, José (2009). *Constitución y derecho procesal*. Navarra: Aranzadi.

García Pino, Gonzalo; Contreras Vásquez, Pablo (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Estudios Constitucionales*, 11 (2), pp. 229-282.

Gimeno Sendra, Vicente (1981). *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas.

González Cano, Isabel (2015). *La mediación penal.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Hunter Ampuero, Iván (2014). Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: Caos interpretativo y criterios dudosos. *Revista de Derecho*, XXVII (2), pp. 191-215.

Letelier Loyola, Enrique (2019). Participación de la víctima en la solución del conflicto penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 5 (1). Editorial del Dossier Medios alternativos, consensos y la participación de la víctima en el proceso penal.

Maier, Julio B.J. (1991). La víctima y el sistema penal. *Jueces para la Democracia*, 12 (1), pp. 31-52.

Marinoni, Luis Guilherme (2015). *El derecho de acción como derecho fundamental*. Trad. Laura Criado. Bogotá: Temis.

Nogueira Alcalá, Humberto (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo I. Santiago de Chile: Librotecnia.

Nussbaum, Martha (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Trad. Ramón Vilà y Albino Santos. Barcelona: Paidós.

Pasini, Dino (1981). *I Diritti dell'Uomo. Saggi di Filosofia Politico-Giuridica.* Napoli: Jovene.

Peces Barba, Gregorio (2014). *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Prieto Sanchís, Luis (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.

Proto Pisani, Andrea (2014). *La tutela jurisdiccional*. VV. Trad. Lima: Palestra.

Romero Seguel, Alejandro (2006). *Curso de derecho procesal civil*. Tomo I. Santiago de Chile: Jurídica.

Steiner, Christian; Uribe, Patricia (Edit.) (2014). *Convención americana sobre derechos humanos. Comentario.* Bogotá: Konrad Adenauer – Temis.

Vargas, Macarena; Fuentes, Claudio (2018). *Introducción al derecho procesal. Nuevas aproximaciones*. Santiago de Chile: DER.

Derechos humanos ambientales

Mario Peña Chacón

El reconocimiento del derecho humano a un ambiente sano en el plano universal, puede ser considerado hoy en día parte del derecho internacional consuetudinario, reforzando las exigencias ligadas a la paz, el Estado de derecho, la democracia y fortaleciendo el derecho de la humanidad

Michel Prieur

Introducción

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, indivisibles e interdependientes, el goce completo de los derechos civiles y políticos es imposible sin el de los derechos económicos, sociales y culturales. También el derecho humano al ambiente, considerado actualmente como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, viene hoy a completar y reforzar los derechos civiles y políticos. Incumbe a los Estados, individuos y otras entidades públicas y privadas protegerlos, así como promoverlos.

Los derechos humanos y el derecho ambiental poseen la característica común de ser universalmente reconocidos y fundados sobre fuentes jurídicas internacionales. De ello resulta que las decisiones y las actividades que afectan el ambiente pueden afectar no solo a los derechos ambientales, sino también violar otros derechos humanos, entre ellos, los derechos a la vida, salud, alimentación, agua potable y saneamiento. De igual modo, ciertas

afectaciones a los derechos humanos se acompañan de destrucciones del ambiente.

Los efectos económicos, sociales y culturales de los perjuicios al ambiente sobre los derechos humanos afectan especialmente a las personas y a las comunidades vulnerables. Los pueblos indígenas y comunidades locales son los más fuertemente afectados debido a sus relaciones de dependencia estrecha con la naturaleza, de igual forma, las poblaciones migrantes, las mujeres y niños, las personas con discapacidad y demás personas en situaciones de vulnerabilidad, incluyendo las generaciones futuras.

Las múltiples degradaciones del ambiente resultado de contaminaciones de todo origen, del cambio climático y de pérdida de biodiversidad, imponen una mayor resiliencia de la humanidad. Esta resiliencia se funda en particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario que son indisociables del derecho humano al ambiente.

Derecho humano a un ambiente limpio, saludable y sostenible

En el derecho consuetudinario internacional existe un derecho humano al ambiente considerando su reconocimiento internacional y nacional. Dicho reconocimiento refuerza la interdependencia entre los derechos humanos y el derecho ambiental.

Reconocimiento implícito

Previo a su reconocimiento expreso, ya existía un reconocimiento implícito de la conexidad entre derechos humanos y derechos ambientales. Al efecto, Prieur señala que la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217/A del 10 de diciembre de 1948 menciona en sus artículos 22, 25.1 y 29.2, conceptos e ideas que son centrales para el derecho humano al ambiente, entre ellos: dignidad, cultura, salud y bienestar.

Específicamente, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que se extiende a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, a la alimentación, el vestido y la vi-

vienda. Mientras que el artículo 29.2 menciona la satisfacción del bienestar general en una sociedad democrática.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 3 de enero de 1976, en su artículo 12.2.b con relación al derecho a la salud física y mental, obliga a los Estados Parte a tomar las medidas necesarias para asegurar el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente, lo que muestra la utilización del concepto ambiente en este Pacto de 1966 y demuestra que, desde esa época, el ambiente en relación con la salud estaba plenamente reconocido como un derecho humano en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Reconocimiento expreso

Todas las conferencias internacionales de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo Sostenible han admitido, por consenso, la existencia y la importancia del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado permitiendo vivir en dignidad y bienestar: Declaración de Estocolmo 1972, Declaración de Río 1992, Declaración de Johannesburgo 2002, Declaración de Río 2012.

A ello deben sumarse los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (Agenda 2030) adoptados el 25 de setiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en donde figura la dimensión ambiental del desarrollo sostenible, así como la Declaración de Cancún 2016 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre integración de la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad para el bienestar.

Desde la Declaración de Estocolmo 1972, principio 1, existe un consenso internacional según el cual cada persona tiene un derecho fundamental a condiciones de vida adecuadas, en un ambiente en el que su calidad le permita vivir en dignidad y bienestar.

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado numerosas resoluciones relativas a derechos humanos íntimamente relacionados con el derecho al ambiente sano y equilibrado, entre ellos el derecho humano al agua potable y

saneamiento (Resolución 64/1992, 28 de julio de 2010, Resolución 70/169, 18 de diciembre de 2014), derecho a la alimentación (Resolución 69/1997, 18 de diciembre de 2014), armonía con la naturaleza (Resolución 64/169 del 2009, Resolución 65/164 del 2010, Resolución 66/204 del 2011, Resolución 67/214 del 2012, Resolución 68/216 del 2013, Resolución 68/224 del 2014, Resolución 70/208 del 2015), acceso de todos a servicios energéticos fiables y modernos (Objetivos de Desarrollo Sostenible número 7-1 Asamblea general de Naciones Unidas 25 septiembre 2015, A/70/1). También ha adoptado la Carta Mundial de la Naturaleza en 1982 (Resolución 37/7 de 1982).

A la vez, una gran cantidad de convenciones universales y regionales sobre derecho humanos han consagrado jurídicamente el derecho humano al ambiente, entre ellas: Carta Africana de los Derechos Humanos de 1981; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988; Protocolo de Maputo sobre el Derecho de las Mujeres en África de 2003; Convención Africana de Maputo sobre Conservación de la Naturaleza y Recursos Naturales de 2003; Carta Árabe de los Derechos Humanos de 2004, así como el Convenio sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus) de 1998 que ostenta una vocación de carácter universal.

Resoluciones y Reportes de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han plasmado la relación simbiótica entre derechos humanos y medio ambiente. En el Reporte del 26 de julio de 1994 E/CN.4/Sub.2/1994/9 se propuso, en su Anexo I, un proyecto de Declaración de Principios sobre Derechos Humanos y Ambiente.

Numerosas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos acentúan la articulación entre derechos humanos y ambiente. En ese sentido, la Resolución 25/21 (A/HRC/RES/25/21) "Derechos Humanos y Ambiente" afirma que:

> El derecho de los derechos humanos impone a los Estados determinadas obligaciones que guardan relación con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saluda-

> ble y sostenible. Y que el disfrute de los correspondientes derechos humanos y libertades fundamentales puede facilitarse si se efectúan evaluaciones de impacto ambiental, se hace posible la participación efectiva en los procesos decisorios en materia ambiental, y que una buena práctica en ese respecto es aprobar, reforzar y aplicar leyes y otras medidas que promuevan y protejan los derechos humanos y las libertades fundamentales en el contexto de la legislación y políticas ambientales (párrafo 4).

También la Resolución 31/8 de 2016 del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/RES/31/8) "Derechos Humanos y Ambiente" reconoce que:

> El desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente contribuyen al bienestar humano y al disfrute de los derechos humanos, los daños ambientales pueden tener repercusiones negativas tanto directas como indirectas en el disfrute efectivo de todos los derechos humanos.

Dicha Resolución exhorta a los Estados a respetar, proteger y tornar efectivos los derechos humanos, en particular, en las medidas relacionadas con problemas ambientales.

El vínculo entre derechos humanos y ambiente ha sido identificado en los reportes concernientes a las obligaciones relativas a los derechos humanos en relación con un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, realizados por el Experto Independiente, actualmente bajo el estatus de Relator Especial, de las Naciones Unidas, en el marco del Consejo de Derechos Humanos.

En el reporte de 2012 (A/HRC/22/43) se presentan los diferentes derechos humanos amenazados por las afectaciones ambientales, entre ellos: derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la dignidad, derecho a la alimentación.

En el Informe de 2015 (A/HRC/31/53) se ha sostenido que "Se coincide en que la degradación del medio ambiente puede interferir, y de hecho lo hace, en el disfrute de una amplia gama de derechos humanos" y se subraya la importancia de los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030) para los derechos humanos y el ambiente. Mientras que el Informe del 2016 (A/HRC/31/53), se desarrollan los diferentes derechos humanos que están en riesgo a raíz del cambio climático.

En el Informe de 2017 (A/HRC/34/49) el relator fue enfático en señalar que la diversidad biológica es necesaria para los servicios de los ecosistemas que sustentan el pleno disfrute de una amplia gama de derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua y la cultura; y que, a fin de proteger los derechos humanos, los Estados tienen una obligación general de proteger los ecosistemas y la diversidad biológica.

En el año 2018, el relator emitió tres informes, en el Informe A/HRC/37/58, concluyó que no existe grupo más vulnerable al daño ambiental que los niños; en el Informe A/HRC/37/59 desarrolló los Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente; mientras que en el Informe A/HRC/73/188, el relator especial recomendó encarecidamente que los Estados miembros examinen con prontitud el reconocimiento mundial del derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

Para 2019, el Relator emitió dos Informes. El Informe A/HRC/40/55 sobre buenas prácticas para prevenir y mitigar violaciones de los derechos humanos causados por la contaminación atmosférica; y el Informe A/74/161, donde concluyó que el incumplimiento de los compromisos internacionales en materia de cambio climático es una violación prima facie de las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos de sus ciudadanos.

Por último, en el Informe A/75/171 del 2020, el relator advierte que, si no se adopta un enfoque basado en los derechos humanos para proteger la biosfera, las generaciones futuras vivirán en un mundo ecológicamente empobrecido, privado de las contribuciones fundamentales de la naturaleza al bienestar humano, asolado por pandemias cada vez más frecuentes y desgarrado por crecientes injusticias ambientales. Si se colocan los derechos humanos y la naturaleza en el centro del desarrollo sostenible y se logra transformar la sociedad, los seres humanos podrían alcanzar un futuro justo y sostenible en el que las personas vivan vidas felices, saludables y satisfactorias en armonía con la naturaleza en este planeta.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia de la Haya, en su opinión consultiva del 8 de Julio 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, consideró que: “el am-

biente no es una abstracción, sino el espacio en el que viven los seres humanos y del cual dependen la calidad de su vida y salud, incluidas las generaciones futuras".

Además, la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, suscrita durante el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN de Río de Janeiro del 2016, reconoce en su preámbulo: "la estrecha vinculación entre los derechos humanos y la conservación y protección ambiental al igual que la fundamental importancia que tiene mantener la integridad ecológica para lograr el bienestar del ser humano y combatir la pobreza", mientras que la Resolución WCC-2016-Res-081 del Congreso Mundial de la Conservación de la UICN desarrollado en Hawái en setiembre de 2016, reconoció expresamente la necesidad de un derecho de la humanidad a un ambiente sano.

Más recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció a través de la opinión consultiva OC-23-17 del 15 de noviembre 2017, reconociendo expresamente el derecho a un ambiente sano como un derecho humano autónomo incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA) protegidos por el artículo 26 de la Convención, derecho que protege a la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos humanos, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos.

Esta misma Corte, en la reciente sentencia Comunidades indígenas Lhaka Honhat *versus* Argentina del 06 de febrero de 2020, tuvo por violentados los derechos al medio ambiente sano a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural, los cuales fueron definidos como autónomos y justiciables en el marco del artículo 26 de la Convención Americana.

Por su parte, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú, es el primer instrumento regional vinculante sobre derechos humanos y medio ambiente, cuya elaboración contó con el liderazgo

de las delegaciones de Costa Rica y Chile, así como con la participación activa de la sociedad civil, y su objetivo es el de garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales.

De la mano con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030) de las Naciones Unidas y la Opinión Consultiva 23-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, instrumentos internacionales con los que guarda una estrecha relación jurídica, el Acuerdo de Escazú reconoce la interrelación e interdependencia existente entre la triada de derechos humanos ambientales de acceso o procedimentales y su aplicación de forma integral y equilibrada, así como su preponderante rol para efectivizar los derechos ambientales sustantivos (derechos al ambiente, salud, alimentación, agua potable, saneamiento, vivienda, paz, entre otros), contribuyendo con ello al fortalecimiento de la democracia, el desarrollo sostenible y los derechos humanos en la región.

El Acuerdo de Escazú desarrolla de forma amplia y progresiva los tres derechos humanos ambientales de acceso y es el primero, a nivel mundial, en reconocer los derechos de los defensores de derechos humanos ambientales. Dicho Acuerdo es parte integrante del *corpus iure* interamericano y como tal, objeto de interpretación, aplicación y desarrollo por parte de los organismos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A nivel interno, obliga a los estados suscriptores a ajustar su normativa de rango inferior para que logren cumplir con los estándares mínimos establecidos por el Acuerdo y, a la vez, a cumplir con el debido control de convencionalidad.

Paralelamente a las diversas formas de consagración internacional de los derechos humanos antes expuestas, más de 120 constituciones nacionales lo han integrado como objetivo social. Más de 95, de entre ellas, han consagrado el derecho humano al ambiente como un nuevo derecho fundamental de valor constitucional. Y aún en ausencia de disposiciones constitucionales

expresas, numerosas cortes constitucionales o cortes supremas han igualmente reconocido el derecho al ambiente.

Para Prieur, el reconocimiento del derecho humano a un ambiente sano en el plano universal puede ser considerado hoy en día parte del derecho internacional consuetudinario, reforzando las exigencias ligadas a la paz, el estado de derecho, la democracia, y fortaleciendo el derecho de la humanidad. Además, el derecho al desarrollo ligado al derecho al ambiente gracias al principio del desarrollo sostenible es indisociable de la protección del ambiente en el contexto de la instauración de un nuevo orden económico internacional.

Al efecto, en el Informe A/73/188 dirigido a la Asamblea General de las Naciones Unidas, tanto el anterior como el actual relator especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente, recomendaron conjuntamente, el reconocimiento expreso del derecho humano a un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, ya sea a través de un instrumento de alcance mundial como el Pacto Mundial por el Ambiente; un protocolo adicional a un tratado de derechos humanos vigente como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; o bien, a través de una resolución de la Asamblea General de la ONU centrada en el derecho a un medio ambiente saludable.

Cabe destacar que el reconocimiento universal a nivel del Sistema de Naciones Unidas se dio a través del Consejo de Derechos Humanos en la Resolución A/HRC/48/L.23 del 08 de octubre de 2021 y de la Asamblea General en la Resolución A/76/300 del 28 de julio de 2022.

En dichas resoluciones, tanto el Consejo de Derechos Humanos como la Asamblea General, reconocieron al derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano importante para el disfrute de los derechos humanos, así como que los efectos del cambio climático, la ordenación y el uso no sostenibles de los recursos naturales, la contaminación del aire, las tierras y el agua, la gestión irracional de las sustancias químicas y los desechos, la pérdida resultante de diversidad biológica y la disminución de los servicios prestados por los ecosistemas, obstru-

yen e interfieren negativamente el disfrute de un medio ambiente limpio, saludable y sostenible.

También reconocieron que los derechos de buscar, recibir y difundir información y de participar efectivamente en la dirección de los asuntos gubernamentales y públicos y en la adopción de decisiones relativas al medio ambiente, así como el derecho a un recurso efectivo, son esenciales para alcanzar el disfrute de este derecho.

El derecho al ambiente y los derechos y obligaciones que concurren en su realización efectiva

Sobre la base de los principios desarrollados en las Declaraciones de Estocolmo 1972, Río 1992 y de un gran número de convenciones internacionales ambientales, se puede considerar que el derecho al ambiente se encuentra condicionado por el respeto de sus principios generales. Dichos principios traducen el derecho humano al ambiente, dan forma y orientan la aplicación efectiva del derecho ambiental. A la vez, otorgan a cada persona la posibilidad de exigir jurídicamente su tutela.

Tales principios generales se encuentran extendidos en las regulaciones internacionales, regionales, nacionales y locales, y comprenden una serie de derechos y obligaciones de carácter procedimental consustanciales e inherentes al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, tales como el acceso a la información ambiental, participación pública, acceso a la justicia ambiental y a la educación; así como obligaciones sustantivas de prevención, precaución, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad y restauración de daños ambientales.

El borrador preliminar del *Pacto global por el medio ambiente* sintetiza los principales derechos y obligaciones consustanciales e inherentes al derecho a un ambiente sano, tal y se desglosan a continuación:

- *Derecho a un medio ambiente ecológico*. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente ecológico adecuado para su salud, bienestar, dignidad, cultura y realización.
- *Deber de cuidar el medio ambiente*. Todo Estado o institución internacional, toda persona, natural o jurídica, pública o privada, tiene el deber de cuidar el medio ambiente. Con este fin, todos deben

contribuir en sus propios niveles a la conservación, protección y restauración de la integridad del ecosistema terrestre.

- *Integración y desarrollo sostenible*. Todo Estado debe integrar los requisitos de protección ambiental en la planificación y ejecución de sus políticas y actividades nacionales e internacionales, especialmente para promover la lucha contra el cambio climático, la protección de los océanos y el mantenimiento de la biodiversidad. Ellos perseguirán el desarrollo sostenible. Para ello, deben garantizar la promoción de las políticas públicas de apoyo, los patrones de producción y consumo sostenible y respetuoso con el medio ambiente.
- *Equidad intergeneracional*. La equidad intergeneracional guiará las decisiones que puedan tener un impacto en el medio ambiente. Las generaciones presentes deben garantizar que sus decisiones y acciones no comprometan la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.
- *Prevención*. Se deben tomar las medidas necesarias para prevenir daños ambientales. Los Estados tienen el deber de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción o control no causen daño al ambiente de otros Estados o en áreas más allá de los límites de su jurisdicción nacional. Deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que se lleve a cabo una evaluación del impacto ambiental antes de cualquier decisión tomada para autorizar o emprender un proyecto, una actividad, un plan o un programa que pueda tener un impacto adverso significativo en el medio ambiente. En particular, los Estados mantendrán bajo vigilancia los efectos de un proyecto, actividad, plan o programa antes mencionado que autoricen o realicen, habida cuenta de su obligación de diligencia debida.
- *Precaución*. Cuando exista un riesgo de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica no puede utilizarse como motivo para posponer la adopción de medidas efectivas y proporcionadas para prevenir la degradación del medio ambiente.
- *Daños ambientales*. Se deben tomar las medidas necesarias para asegurar una corrección adecuada de los daños ambientales. Las Estados deben notificar inmediatamente a otros Estados cualquier catástrofe natural u otra emergencia que pueda producir efectos nocivos repentinos en el medio ambiente de otros Estados. Los Estados deben cooperar rápidamente para ayudar a los Estados afectados.
- *Contaminador-pagador*. Los Estados deben velar por que los costos de prevención, mitigación y remediación de la contaminación y otras perturbaciones y degradaciones ambientales sean soportados, en la mayor medida posible, por quien los origina.

- *Acceso a la información*. Toda persona, sin estar obligada a declarar un interés, tiene derecho de acceso a la información medioambiental en poder de las autoridades públicas. Las autoridades públicas recopilarán y pondrán a disposición del público, en el marco de sus legislaciones nacionales, la información ambiental pertinente.
- *Participación pública*. Toda persona tiene el derecho de participar, en una etapa apropiada y mientras las opciones estén aún abiertas, en la preparación de decisiones, medidas, planes, programas, actividades, políticas e instrumentos normativos de las autoridades públicas que puedan tener un efecto significativo sobre el medio ambiente.
- *Acceso a la justicia ambiental*. Los Estados deben garantizar el derecho de acceso efectivo y asequible a los procedimientos, incluidos los recursos judiciales y administrativos para impugnar actos u omisiones de autoridades públicas o particulares que contravengan el derecho ambiental.
- *Educación y capacitación*. Los Estados deben asegurar que la educación ambiental, en la medida de lo posible, se enseñe a los miembros de la generación más joven, así como a los adultos, a fin de inspirar a toda una conducta responsable en la protección y mejora del medio ambiente. Los Estados deben garantizar la protección de la libertad de expresión y de información en materia de medio ambiente, así como apoyar la difusión por los medios de comunicación de información de carácter educativo sobre los ecosistemas y sobre la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente.
- *Investigación e innovación*. Los Estados deben promover, en la medida de sus posibilidades, la mejora del conocimiento científico de los ecosistemas y el impacto de las actividades humanas y cooperar mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos y reforzar el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías respetuosas con el medio ambiente, incluidas las tecnologías innovadoras.
- *Función de los agentes no estatales y de las entidades subnacionales*. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para fomentar la aplicación de los derechos humanos ambientales por parte de actores no estatales y entidades subnacionales, incluida la sociedad civil, los agentes económicos, las ciudades y las regiones, teniendo en cuenta su papel fundamental en la protección del medio ambiente.

- *Efectividad de las normas ambientales*. Los Estados tienen la obligación de adoptar leyes ambientales eficaces y de asegurar su aplicación efectiva y justa.
- *Resiliencia*. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para mantener y restablecer la diversidad y la capacidad de los ecosistemas y las comunidades humanas para hacer frente a las perturbaciones y la degradación del medio ambiente y a recuperarse y adaptarse.
- *No regresión*. Los Estados y sus entidades subnacionales deben abstenerse de permitir actividades o adoptar normas que tengan el efecto de reducir el nivel global de protección ambiental garantizado por la legislación vigente.
- *Cooperación*. A fin de conservar, proteger y restaurar la integridad del ecosistema y de la comunidad de vida de la Tierra, los Estados deben cooperar de buena fe y en un espíritu de asociación mundial para la aplicación efectiva de los derechos humanos ambientales.
- *Conflictos armados*. Los Estados deben adoptar, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional, todas las medidas factibles para proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados.
- *Diversidad de situaciones nacionales*. Debe prestarse especial atención a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista medioambiental. Debe tenderse en cuenta, cuando proceda, las responsabilidades comunes y diferenciadas de los Estados, así como las respectivas capacidades, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias nacionales.

Principios Marco sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente

En marzo 2018, el relator especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y Medio Ambiente, en el informe número UN Doc. A/HRC/37/59, presentó al Consejo de Derechos Humanos los Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente.

Se trata de dieciséis principios marco que establecen las obligaciones básicas de los Estados en virtud del derecho relativo a los derechos humanos en relación con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

Los Principios Marco constituyen orientaciones integradas y detalladas para el cumplimiento de tales obligaciones en la práctica y sirven de base para su ulterior desarrollo a medida que evoluciona nuestra comprensión de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. De acuerdo con el citado Informe, los Principios Marco no son exhaustivos: muchas normas nacionales e internacionales son pertinentes para los derechos humanos y la protección del medio ambiente y ninguna parte de los principios marco debe interpretarse en el sentido de que limita o menoscaba normas que ofrecen un nivel más alto de protección con arreglo al derecho nacional o internacional (UN Doc. A/HRC/37/59, 2018).

A continuación, se exponen los dieciséis principios:

- *Principio marco 1*. Los Estados deben garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible con el fin de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos.
- *Principio marco 2*. Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos con el fin de garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.
- *Principio marco 3*. Los Estados deben prohibir la discriminación y garantizar una protección igual y efectiva contra ella en relación con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.
- *Principio marco 4*. Los Estados deben establecer un entorno seguro y propicio en el que las personas, los grupos de personas y los órganos de la sociedad que se ocupan de los derechos humanos o las cuestiones ambientales puedan actuar sin amenazas, hostigamiento, intimidación ni violencia.
- *Principio marco 5*. Los Estados deben respetar y proteger los derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica en relación con las cuestiones ambientales.
- *Principio marco 6*. Los Estados deben impartir educación y sensibilizar a la opinión pública sobre las cuestiones ambientales
- *Principio marco 7*. Los Estados deben proporcionar acceso público a la información ambiental mediante la reunión y difusión de datos y proporcionar un acceso asequible, efectivo y oportuno a la información a cualquier persona que lo solicite.
- *Principio marco 8*. A fin de evitar emprender o autorizar actividades con impactos ambientales que interfieran en el pleno disfrute de los derechos humanos, los Estados deben exigir la evaluación

previa de los posibles impactos ambientales de los proyectos y políticas propuestos, incluidos sus posibles efectos en el disfrute de los derechos humanos.

- *Principio marco 9*. Los Estados deben prever y facilitar la participación pública en el proceso de adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente y tener en cuenta las opiniones de la sociedad en ese proceso.
- *Principio marco 10*. Los Estados deben facilitar el acceso a recursos efectivos por las violaciones de los derechos humanos y las leyes nacionales referentes al medio ambiente.
- *Principio marco 11*. Los Estados deben establecer y mantener normas ambientales sustantivas que no sean discriminatorias y no tengan carácter regresivo, sino que sirvan para que se respeten, se protejan y se ejerciten los derechos humanos.
- *Principio marco 12*. Los Estados deben garantizar la aplicación efectiva de sus normas ambientales por las entidades de los sectores público y privado.
- *Principio marco 13*. Los Estados deben cooperar entre sí para establecer, mantener y aplicar marcos jurídicos internacionales eficaces a fin de prevenir, reducir y reparar los daños ambientales a nivel transfronterizo y mundial que interfieran con el pleno disfrute de los derechos humanos.
- *Principio marco 14*. Los Estados deben adoptar medidas adicionales para proteger los derechos de quienes sean más vulnerables al daño ambiental o se encuentren en una situación de especial riesgo al respecto, teniendo en cuenta sus necesidades, riesgos y capacidades.
- *Principio marco 15*. Los Estados deben asegurarse de que cumplen sus obligaciones con los pueblos indígenas y los miembros de las comunidades tradicionales, lo que incluye: a) Reconocer y proteger sus derechos a las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado; b) Consultar con ellos y obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de reubicarlos o de adoptar o aprobar otras medidas que puedan afectar a sus tierras, territorios o recursos; c) Respetar y proteger sus conocimientos y prácticas tradicionales en relación con la conservación y la utilización sostenible de sus tierras, territorios y recursos; d) Garantizar que participan de manera justa y equitativa en los beneficios de las actividades relacionadas con sus tierras, territorios o recursos.

- *Principio marco 16*. Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos en el marco de las medidas que adopten para hacer frente a los problemas ambientales y alcanzar el desarrollo sostenible.

Otros derechos humanos íntimamente vinculados al derecho a un ambiente sano y equilibrado

Las afectaciones al ambiente a menudo son acompañados de violaciones directas o indirectas de otros derechos humanos, autónomos e independientes, que orbitan al derecho a un ambiente sano y equilibrado, y que se encuentran íntimamente vinculados a este.

Para entender el fenómeno jurídico de la ecologización de los derechos humanos debe primero tenerse claro la existencia de una serie de derechos humanos autónomos e independientes entre sí, pero íntimamente ligados al derecho a un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, conocidos en su conjunto como derechos humanos ambientales, los cuales de conformidad con la Opinión Consultiva OC-23-17 y los informes del relator especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, se clasifican en dos grupos, por una parte los derechos de procedimiento o de acceso: derecho de acceso a la información ambiental, a la participación pública en la toma de decisiones y a la justicia ambiental; y por la otra los derechos sustantivos, entre ellos: derecho a la vida, a la integridad personal, salud, agua potable y saneamiento, alimentación, vivienda, propiedad, paz.

Tanto los derechos humanos ambientales sustantivos como los procedimentales o de acceso, deben tomar en consideración aquellas poblaciones especialmente vulnerables a la degradación ambiental, entre ellos, los pueblos indígenas y comunidades locales, derechos de las personas en casos de catástrofes, derechos de los desplazados ambientales y los derechos de los defensores de los derechos humanos.

Tomando como base el Proyecto de Pacto Internacional relativo al derecho de los seres humanos al ambiente del Centro Internacional de derecho comparado del ambiente (CIDCE), así

como del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), se procede a analizar algunos de estos derechos humano tomando en consideración aquellas poblaciones especialmente vulnerables a los daños ambientales.

Derecho humano al agua potable y al saneamiento

De conformidad con la Resolución 70/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 17 de diciembre de 2015, en virtud del derecho humano al agua potable, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico, mientras que en virtud del derecho humano al saneamiento, toda persona, sin discriminación, tiene derecho al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento que sea salubre, higiénico, seguro, social y culturalmente aceptable y que proporcione intimidad y garantice la dignidad, al tiempo que reafirma que ambos derechos son componentes del derecho a un nivel de vida adecuado.

Existe una prolífica cantidad de regulaciones internacionales, regionales y locales que han reconocido el derecho humano al agua potable y saneamiento. Naciones Unidas lo ha hecho a través de Resoluciones de la Asamblea General, entre ellas: A/RES/64/292, "El derecho Humano al agua y el saneamiento" del 3 de agosto de 2010; Resolución A/HRC/RES/15/9 del Consejo de Derechos Humanos; Resolución: "Los derechos humanos y el acceso al Agua potable y el Saneamiento", del 30 septiembre 2010, y Resolución 70/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas "Los derechos humanos al agua potable y el saneamiento", del 17 de diciembre de 2015.

Asimismo, el contenido del derecho humano al agua y saneamiento se encuentra regulado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), complementado en el plano continental americano por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador; y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos "Proteger, Respetar y Remediar" (PRs) que establecen las obligacio-

nes del sector público y privado en relación con la satisfacción de los derechos humanos. Asimismo, se encuentra la Observación General Nº15 "El derecho al agua" (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional) E/C.12/2002/11 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas del 2002.

La Organización de Estados Americanos (OEA), a través de la Resolución AG/RES. 2760 (XLII-O/12) sobre "El derecho humano al agua potable y al saneamiento", dispuso: "Invitar a los Estados Miembros a que, de conformidad con sus realidades nacionales, sigan trabajando para asegurar el acceso al agua potable y a servicios de saneamiento para las generaciones presentes y futuras…"

Latinoamérica exhibe desde el año 2004, una fuerte recepción de este derecho a nivel constitucional, ejemplo de lo anterior lo son las constituciones políticas de Uruguay (2004), Bolivia (2009), Ecuador (2008), México (2011), Honduras (2013), Perú (2017), Cuba (2019) y Costa Rica (2020) .

Derecho a la alimentación

De conformidad con las Resoluciones 69/177 del 2014 y 70/154 del 2015 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el derecho a la alimentación consiste en el derecho de toda persona a disponer de alimentos sanos, suficientes y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación adecuada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre, a fin de poder desarrollar y mantener plenamente sus capacidades físicas y mentales; lo anterior, tomando en consideración que el hambre constituye una ignominia y un atentado contra la dignidad humana y que, por tanto, se requiere la adopción de medidas urgentes a nivel nacional, regional e internacional para eliminarla.

Derecho a la propiedad

Toda persona natural o jurídica o grupo de personas que posea o controle tierras, aguas u otros recursos, tiene el deber de mantener las funciones ecológicas esenciales asociadas a dichos recursos y de abstenerse de realizar actividades que puedan perjudicar tales funciones.

Las obligaciones legales de restaurar las condiciones ecológicas de la tierra, el agua u otros recursos son obligatorias para

todos los propietarios, ocupantes y usuarios de un sitio y su responsabilidad no concluye con la transferencia a otros del uso o del título de propiedad.

Derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales

De acuerdo con el Principio 22 de la Declaración de Río 1992, las comunidades indígenas y locales, en tanto grupo de población diferenciado y debido a sus tradiciones y costumbres, tienen derecho a la protección de su ambiente, sus tierras, sus territorios y sus recursos, teniendo en consideración su propio orden jurídico.

Tal y como lo ha venido reiterando la jurisprudencia interamericana, los pueblos indígenas y comunidades locales poseen acceso a los recursos naturales esenciales para su subsistencia y su modo de vida y tienen derecho a la participación en los beneficios ligados a la explotación de los recursos naturaleza, incluyendo los genéticos, en su territorio.

Además, tienen el derecho, en caso de desplazamiento forzado, a ser reinstalados en un lugar en el que se les permita la utilización de recursos naturales y compatible con sus modos de subsistencia.

Derechos de las personas en caso de catástrofes

Todos los derechos humanos consagrados por el derecho internacional deben ser garantizados a las personas susceptibles de ser afectadas por desastres naturales o industriales. A raíz de lo anterior, tienen derecho en particular a informaciones previas sobre los riesgos incurridos, sobre las pérdidas anteriores y a un sistema de alerta rápida y eficaz.

Derechos de los desplazados ambientales

Al igual que como sucede en los casos de catástrofes, los derechos civiles, políticos, económicos, culturales y ambientales deben ser garantizados a las personas desplazadas voluntariamente o por la fuerza como consecuencia de un trastorno brutal insidioso de su ambiente. Los desplazados internos o externos tienen derecho a un estatuto jurídico especial que garantice su estancia regular y sus derechos fundamentales.

Derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales

Conforme al artículo 9 del Acuerdo de Escazú, los Estados deben garantizar entornos seguros y propicios en el que las personas, organizaciones y grupos que promueven y defienden los derechos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad. A la vez, los Estados deben reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, entre ellos: vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, reunión y asociación pacífica, y circular libremente. Por último, los Estados están obligados a tomar medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos ambientales pudieren sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el citado Acuerdo.

Progresividad y no regresión de los derechos humanos ambientales

El derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente ecológico adecuado para su salud, bienestar, dignidad, cultura y realización y la correspondiente obligación estatal y de toda persona natural o jurídica, pública o privada, de cuidar, conservar, proteger y restaurar la integridad de los ecosistemas y contribuir al mejoramiento de su calidad son de naturaleza y carácter progresivo.

Al efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general número 3, identificó una serie de obligaciones de inmediato cumplimiento por parte de los Estados signatarios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde actualmente quedan insertos los derechos ambientales, dentro de las que destacan: adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales; comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles; garantizar el disfrute de los derechos sociales sin ningún tipo de discriminación; garantizar, incluso en situaciones de crisis, el contenido esencial de los derechos sociales; vigilar la situación de los derechos sociales y contar

con información detallada al respecto; y la de no adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivas.

De acuerdo con el apartado 9 de la Observación General número 3, la principal obligación del resultado que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente […] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]". La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria 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. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán 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.

Ahora bien, siendo que toda persona tiene el derecho a un nivel elevado de protección del estado del ambiente y a la no regresión de los niveles de protección ya alcanzados, los Estados deben adoptar las medidas progresivas necesarias para luchar eficazmente contra las vulneraciones al entorno.

Tanto las obligaciones consustanciales e inherentes al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de carácter procedimental, como aquellas obligaciones sustantivas, se benefician del privilegio de progresividad.

De igual forma, otros derechos humanos íntimamente relacionados con el derecho a un ambiente sano y equilibrado, entre ellos derecho al agua potable y al saneamiento, derecho a la alimentación, derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales, derechos de las personas en casos de catástrofes, así como los derechos de los desplazados ambientales, también comparten su carácter progresivo.

La obligación de progresividad de los derechos ambientales implica, entre otras obligaciones estatales la de adoptar normas ambientales efectivas y asegurar su implementación y cumplimiento, así como la prohibición de emitir normas o de permitir actividades, obras o proyectos, que tengan como efecto la reducción del nivel de protección ambiental alcanzado hasta el momento.

Cabe destacar que las obligaciones de progresividad y no regresión, fueron expresamente reconocidas dentro del elenco de principios que rigen el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú).

Protección del derecho al ambiente en el sistema universal de derechos humanos y en los sistemas regionales de derechos humanos

Tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de derechos humanos (africano, europeo y americano) se han suscitado una serie de *leading cases* o casos emblemáticos en materia de medio ambiente y derechos humanos los cuales a continuación se proceden a analizar.

Casos emblemáticos ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El sistema universal de los Derechos Humanos nace con la Organización de las Naciones Unidas y la suscripción de los países miembros de Declaración Universal de Derechos Humanos, adop-

tada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1948. La Declaración fue seguida de dos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos adoptados en 1966: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Si bien no existe referencia expresa en los instrumentos de derechos humanos antes mencionados que haga suponer la existencia del derecho humano a la protección del ambiente, este ha sido ha sido abordado de forma indirecta por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y como casos relevantes es posible destacar los siguientes:

- *Port Hope Environmental Group contra Canadá*. Los impugnantes sostenían que el depósito de residuos radioactivos cerca de sus residencias constituía una amenaza a su derecho a la vida y al de las generaciones futuras. El Comité declaró inadmisible del caso por el no agotamiento de los recursos de derecho interno, pero señaló que "los hechos presentados albergaban preocupaciones serias y legítimas con respecto al derecho a la vida".
- *Bernard Ominayak y Lubicon Lake Band contra Canadá*. Los demandantes alegaron que el gobierno de la provincia de Alberta privó a los Indígenas Lake Lubicon de sus medios de subsistencia y de su derecho de autodeterminación a raíz de la asignación de concesiones de petróleo y gas natural dentro de sus tierras. Al respecto, el Comité resolvió que "las inequidades históricas y más recientes acontecimientos, incluyendo la explotación de petróleo y gas, amenazaban la forma de vida de Lake Lubicon Band y, de esta manera violaban los derechos de las minorías, en detrimento del artículo 27 (derecho de las minorías) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".
- *Hopu y Bessert contra Francia*. Los demandantes, dos sujetos pertenecientes al grupo étnico Tahití, alegaron el incumplimiento por parte de Francia del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al otorgar una concesión a una empresa para construir un complejo hotelero sobre sus tierras sagradas. El Comité resolvió que no se podía

pronunciar respecto a la violación del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debido a que Francia había hecho reserva expresa respecto a la aplicación de este artículo al ratificar el Pacto, sin embargo, determinó que Francia había violado los artículos 17 (derecho a la vida privada) y 23 (derecho a la familia) al haber otorgado concesiones sobre tierras sagradas. De esta forma el Comité logró apartar la degradación ambiental del ámbito del derecho de las minorías para compatibilizarla con el derecho a la vida privada y la familia.

- *Ángela Poma contra Perú*. La solicitante denunció que ella y su comunidad fueron privados de sus medios de subsistencia ya que el Estado desvió las aguas subterráneas de sus tierras y como consecuencia se destruyó el ecosistema del altiplano, se degradaron las tierras y se desecaron los humedales. Alegó que lo anterior trajo la muerte de miles de cabezas de ganado y el colapso del único sistema de supervivencia de la comunidad que era el pastoreo y crianza de llamas y alpacas. El Comité concluyó, entre otros, que ni la autora ni la comunidad de la que forma parte fueron consultadas en ningún momento por el Estado Parte en lo relativo a la construcción de los pozos de agua. Además, el Estado tampoco exigió la realización de estudios por entidad competente e independiente con miras a determinar el impacto que la construcción de los pozos tendría en la actividad económica tradicional, ni se tomaron medidas para minimizar las consecuencias negativas y reparar los daños sufridos. El Comité observó asimismo que la autora, no ha podido seguir beneficiándose de su actividad económica tradicional, debido a la desecación de las tierras y la pérdida de su ganado. Por ello, el Comité considera que la actuación del Estado comprometió de manera sustantiva el modo de vida y la cultura de la autora, como miembro de su comunidad.
- *Portillo Cáceres contra Paraguay*. Las víctimas eran trabajadores rurales de una misma familia, dedicados a la agricultura familiar en el Departamento de Canindeyú, zona de mayor expansión del agronegocio y monocultivo extensivo y me-

canizado de semillas de soja genéticamente modificadas. Las fumigaciones masivas con agrotóxicos en la región ocasionaron graves impactos en las condiciones de vida de las víctimas, en su salud y medios de subsistencia. Las mismas contaminaron los recursos hídricos y acuíferos, impidiendo el uso de arroyos, y causaron la pérdida de árboles frutales, la muerte de varios animales de cría, y la pérdida de cultivos. Las víctimas han padecido de varios síntomas, como náuseas, mareos, dolores de cabeza, fiebre, dolor estomacal, vómito, diarrea, tos y lesiones en la piel. La contaminación resultó en la muerte de una persona y la intoxicación de otros veintidós habitantes de la comunidad. Un recurso de amparo fue presentado y el Tribunal señaló que, al no cumplir con su obligación de proteger, el Ministerio de Ambiente y el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas permitieron que se produjeran graves daños: "el Estado no ha cumplido con su obligación o deber de proteger los derechos constitucionales a la salud, a la integridad física y psíquica, a la calidad de vida, y a vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado". El Tribunal ordenó a ambas instituciones "proteger los recursos ambientales y garantizar que se cumpla la franja de protección entre la zona de aplicación de productos fitosanitarios de uso agrícola y los asentamientos humanos […] y cursos de agua". Sin embargo, la decisión nunca se implementó. Las fumigaciones continuaron sin ninguna medida de protección ambiental, y los productores de soja cercanos a la vivienda de las víctimas siguieron aplicando masivamente agroquímicos sin licencias ambientales. Se presentó una denuncia penal y se tomaron muestras del agua del pozo de uso doméstico de la vivienda de las víctimas. Los resultados arrojaron la presencia de agroquímicos prohibidos. Más de ocho años después de los hechos, las investigaciones no habían avanzado sustantivamente sin permitir establecer responsabilidades penales ni reparar a las víctimas por los daños sufridos. En el presente caso, el Comité observó que Paraguay no ejerció controles adecuados sobre actividades contaminantes ilega-

les. El Comité concluye que fumigaciones masivas con agrotóxicos constituyen amenazas a la vida de las víctimas que eran razonablemente previsibles por el Estado parte. Por lo tanto, el Comité declaró la violación del derecho a la vida y del derecho a la vida privada, familiar y domicilio.

- *Teitiota contra Nueva Zelanda*. La víctima pidió asilo en Nueva Zelanda porque en su país, Kiribati, el cambio climático ha sumergido partes del territorio y ha afectado profundamente la economía. Nueva Zelanda se lo negó y lo deportó. El migrante reportó el caso a un organismo de derechos humanos de la ONU. El Comité toma nota de la observación del Tribunal de Inmigración y Protección de que los daños inducidos por el cambio climático pueden ocurrir a través de eventos repentinos y procesos de inicio lento. Los informes indican que los eventos de inicio repentino son sucesos discretos que tienen un impacto inmediato y obvio durante un período de horas o días, mientras que los efectos de inicio lento pueden tener un impacto adverso y gradual en los medios de vida y los recursos durante un período de meses a años. Tanto los eventos repentinos (como tormentas intensas e inundaciones) como los procesos de inicio lento (como el aumento del nivel del mar, la salinización y la degradación de la tierra) pueden impulsar el movimiento transfronterizo de personas que buscan protección contra los daños relacionados con el cambio climático. El Comité opina que, sin esfuerzos nacionales e internacionales firmes, los efectos del cambio climático en los Estados receptores pueden exponer a las personas a una violación de sus derechos en virtud de los artículos 6 o 7 del Pacto, lo que desencadenaría la obligación de no devolución a los estados emisores. Además, dado que el riesgo de que todo un país se sumerja bajo el agua es un riesgo tan extremo, las condiciones de vida en ese país pueden volverse incompatibles con el derecho a la vida con dignidad antes de que se realice el riesgo.

Casos emblemáticos ante la Comisión Africana de Derechos Humanos

La Carta Africana de Derechos Humanos fue adoptada por la Organización para la Unión Africana, y entró en vigor a partir de 1986. Por ser de reciente creación, la Carta expone la lista tradicional de derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos de solidaridad o de tercera generación; incluyendo el derecho explícito de los sujetos a "un ambiente favorable y satisfactorio para su desarrollo".

El sistema africano de Derechos Humanos cuenta con un único precedente en relación con la aplicación de la Carta en materia de derechos ambientales, el cual se detalla a continuación:

- *Comunidades Ogoni contra Nigeria*. La transnacional petrolera Shell en consorcio con el gobierno militar de Nigeria, vertieron desechos tóxicos sin medidas seguridad necesarias para impedir la afectación de las aldeas Ogoni en el medio ambiente, ríos y canales locales, provocando además de degradación ambiental (contaminación de suelos y del agua destinada a la siembra y a la pesca de la comunidad Ogoni), complicaciones en la salud de los pobladores (infecciones piel y complicaciones gastrointestinales y reproductivas).

La Comisión Africana encontró que Nigeria violó los derechos, a la libertad (artículo 2), a la vida (artículo 4), a la propiedad (artículo 14), a la salud (artículo 16.1), a la familia (artículo 18.1), a la libre disposición de sus riquezas (artículo 21) y a un medio ambiente sano (artículo 24) de las Comunidades Ogoni, al disponer libremente de sus recursos naturales, violaciones en relación con sus propios actos y omisiones, así como de las empresas petroleras, siendo que la Comunidad Ogoni no fue consultada acerca de la decisiones, ni se benefició de la explotación petrolera.

La Comisión concluye que los Estados tienen la obligación de proteger a los ciudadanos, no solo a través de legislación apropiada y fiscalización efectiva, sino también protegiéndolos de actos perjudiciales de terceras personas (empresas).

La Comisión obligó a Nigeria a asegurar a los afectados una compensación adecuada, realizar estudios de impacto ambiental y

a proporcionar información sobre salud y riesgos ambientales a los miembros de la comunidad

Para Castillo Cubillo, el principal razonamiento en torno al medio ambiente que realizó la Comisión Africana descansó en la relación entre el derecho a un ambiente sano (artículo 24) y el derecho a la salud física y mental (artículo 16.1), señalando tres aspectos principales:

- El derecho a un ambiente sano exige que el Estado tome medidas de prevención en contra de la degradación ecológica, debe promover medidas de preservación del ambiente y que aseguren el uso racional de los recursos naturales
- El deber del Estado de monitorear científicamente los ambientes amenazados, publicar los estudios de impacto ambiental y social antes de cualquier desarrollo industrial; brindar la información adecuada a las comunidades expuestas a los materiales y las actividades peligrosas; y proporcionarles oportunidades significativas para que sean oídas y participen en las decisiones de desarrollo que les afectan
- El deber del Estado de respetar los derechos a la salud y al ambiente, por lo tanto, debe abstenerse de transgredirlos, lo que implica una conducta no intervencionista; por lo consiguiente, el Estado está obligado a no conducir, patrocinar ni tolerar cualquier práctica, política pública o medida legal que viole la integridad del individuo.

Casos emblemáticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Si bien el Tratado de Roma no reconoce expresamente el derecho humano a gozar de un medio ambiente adecuado, vía interpretación de sus artículos 2 y 8, tanto la extinta Comisión como la Corte y actual Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), han permitido para fines prácticos proteger el derecho a un medio ambiente adecuado.

De esta forma, la protección del derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado se da por derivación de los derechos a la vida, el respeto de la vida privada y familiar y al disfrute del domicilio, a lo que la doctrina ha denominado "Defensa cruzada de derechos". De acuerdo con esta tesitura, la tutela ambiental por parte del TEDH es posible en tanto la injerencia contra el derecho

incoado sea injustificada y el efectivo disfrute de estos no sea posible a consecuencia de las mala condiciones ambientales.

La línea jurisprudencial del TEDH sostiene que los derechos particulares deben ser ponderados en contraposición a los de la comunidad. El TEDH le otorga un margen de apreciación a los Estados en cuanto a las restricciones a los derechos de los particulares (incluso minorías) para mejorar la vida de la sociedad en general. Por ello, los Estados deben demostrarle al TEDH que, en el balance entre los intereses individuales y colectivos, existe una inclinación a favor de éstos últimos. El derecho al ambiente podría entonces estar justificado según análisis costo-beneficio, donde el interés general desplaza al particular.

A continuación, se analizan los casos más emblemáticos del sistema europeo en materia de derechos ambientales.

- *Powell y Rayner contra el Reino Unido*. Los peticionarios vivían cerca del aeropuerto Heathrow, pero no calificaban dentro de un programa estatal de compensaciones y reubicación debido a las molestias generadas por el ruido. El fallo reconoce que el ruido viola derecho a la privacidad, pero inicia línea jurisprudencial que sostiene que los derechos particulares deben ser juzgados en contraposición de los de la comunidad como un todo, reconociendo al Estado un cierto margen de apreciación para mejorar la vida de la sociedad en general.
- *Hatton y otros contra Reino Unido*. Se trata del mismo cuadro fáctico del caso anterior con la diferencia que el gobierno del Reino Unido, a raíz de la sentencia Powell y Rayner, había elaborado un nuevo esquema horarios de aviones en horario nocturno. En este caso, la Corte reconoció la violación al art 8.1 por la exposición de los vecinos a niveles intolerables de ruido, pero declaró sin lugar la demanda al considerar que cuando el Estado no respeta un derecho, se debe realizar un balance honesto entre los intereses particulares afectados y el de toda la comunidad. La Corte reconoce al Estado cierto margen de apreciación en el balance entre los intereses privados y públicos (acciones tomadas por el gobierno para restringir vuelos nocturnos y preocupación para disminuir ruido respecto a la contribución a la economía general del aeropuerto Heathrow).

- *Zander contra Suecia*. Los peticionarios alegaron que se les había denegado recurso judicial ante la amenaza de daño ambiental por el mal funcionamiento de una planta de tratamiento y depósito de residuos. La Corte Europea reconoce expresamente la obligación estatal de proveer recurso judicial sobre decisiones administrativas sobre actividad empresarial. El fallo le otorga una herramienta judicial a las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de empresas, cuando éstas pretenden amparar su accionar en la decisión administrativa que las habilita a actuar. La Corte reconoce la posibilidad judicial de ratificar o anular autorizaciones administrativas cuando estas violan intrínsecamente derechos humanos.
- *López Ostra contra España*. Los peticionarios sufrieron daños a la salud por gases tóxicos a raíz de una planta de tratamiento de residuos de curtiembre, provenientes de una empresa que operaba sin permisos administrativos, y sin siquiera solicitud de estos. La Municipalidad decidió evacuar a los residentes y les ofreció vivienda gratuita durante el verano, permitiendo a la empresa continuar sus actividades. Los peticionarios volvieron a sus propiedades, pero decidieron vender y mudarse. La Corte reconoció que la contaminación puede afectar derechos individuales tales como salud, vida privada, estableciendo que es posible justificar cierto grado de contaminación en pro del avance económico, armonizando el desarrollo con los derechos humanos de los particulares. La Corte dispuso que el Estado no había demostrado que el balance entre los intereses individuales y los colectivos existiera una inclinación hacia la postura del Estado y declaró con lugar la acción reconociendo indemnización económica a los demandantes, más gastos y honorarios del proceso.
- *Guerra contra Italia*. Los demandantes alegaban contaminación por parte de una empresa química situada cerca del pueblo de Mafredonia, el peligro de graves accidentes y la ausencia de regulaciones por parte de las autoridades públicas. Alegaron el incumplimiento del Estado de su obligación de informar al público sobre el peligro y las medidas a tomar en caso de accidentes. La Comisión descubrió que la

empresa había sido catalogada como de alto riesgo, que habían acontecido accidentes incluyendo explosión que envió al hospital a 150 personas. Los peticionaron insistieron que pidieron información ambiental y que el Estado la negó por secretos industriales. La Corte concluyó que la información pública representa un instrumento esencial para proteger el bien y la salud de la población en situaciones de riesgos ambientales y de que existe un derecho fundamental a la información concerniente a actividades peligrosas para el medio ambiente y los seres humanos, reiterando que la contaminación severa puede afectar el bienestar de los individuos e impedirles gozar de su hogar de una manera que afecte su vida privada y familiar en forma adversa, sin que sea necesaria una lesión a la salud concreta.

- *Fadeyeva contra Rusia*. El TEDH consideró que existe vulneración al derecho a la vida privada y familiar cuando los efectos ocasionados por la contaminación de que se trate, en este caso contaminación sónica procedente de una planta de fundición de metal, sobrepasen un cierto límite mínimo, que se establecerá atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Entre otros factores, se tendrán en cuenta la intensidad y duración de la contaminación, si las emisiones contaminantes incumplen la normativa nacional al respecto, la distancia entre la fuente de las emisiones y las viviendas de las personas reclamantes, y la existencia de pruebas médicas sobre el deterioro de la salud o sobre la mortandad de las personas que se hayan visto afectadas por la contaminación. Ninguno de estos elementos será determinante en la afirmación de la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humano, sino que ésta se verificará por el cúmulo de estas circunstancias.
- *Budeyeva contra Rusia*. Se trató de daños por causa natural a raíz de una avalancha de barro que se repite periódicamente, donde el Estado construyó un dique que no resistió lo que causó la destrucción de hogares y muchas muertes. En este caso el TEDH determinó que el Estado fue responsable de las muertes a pesar de tratarse de un daño con origen natu-

ral, al no existir ninguna justificación para las omisiones en la implementación de la planificación territorial y auxilio de emergencias en zonas peligrosas, debido a la previsibilidad de nuevas avalanchas. Para el TEDH, el Estado expuso a sus habitantes a un riesgo mortal, quedando demostrado nexo causal entre las serias fallas administrativas que impidieron la implementación de medidas preventivas para la seguridad y las muertes acontecidas.

- *Fagerskiold contra Suecia*. Se trató de unas turbinas eólicas que producen mucho ruido y además sus aspas eran muy luminosas, lo que afectaba casa de campo de los reclamantes (segunda vivienda), considerando los peticionarios vulnerados su derecho a la intimidad del domicilio y vida privada. La acción fue declarada sin lugar al tener comprobado el TEDH que el municipio respetó todos los pasos legales para instalar las turbinas. De acuerdo con el fallo, las inmisiones causadas por la turbina no fueron suficientes para impedir goce normal del inmueble. Para el TEDH, quedó demostrado que el generador eólico fue instalado para satisfacer el interés general en tener energía no contaminante que contribuye con el desarrollo sostenible, considerando satisfecho entonces el balance de intereses entre lo público y lo privado, siendo por tanto justificadas las interferencias en la propiedad por los objetivos que se persiguen.
- *Grimkovskaya contra Ucrania*. La reclamante alega violación del artículo 8 del Convenio de Roma, sin embargo, el TEDH consideró que el nivel de ruido y sus efectos no han sido nunca evaluados. Así pues, resulta imposible determinar hasta qué punto la enfermedad que padecen ha sido causada o agravada por el tráfico de la carretera. Sin embargo, considera que los efectos acumulativos del ruido, vibración y contaminación del suelo y aire han perturbado negativamente la vida familiar de la demandante. El TEDH consideró que no se logró establecer un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes y los intereses de la comunidad en su conjunto, porque no se han respetado determinas exigencias de naturaleza procedimental, entre ellas: no se llevó a cabo un

estudio adecuado sobre la viabilidad ambiental del proyecto; no se permitió a los afectados contestar judicialmente a la actuación estatal; pero, sobre todo, se negó la participación del demandante en el correspondiente proceso de toma de decisiones ambientales. Consecuentemente, para el TEDH se produjo una violación del artículo 8 del Convenio. De esta sentencia destaca el criterio de que las autoridades estatales pueden ser consideradas responsables no sólo por una injerencia de los poderes públicos, sino también por sus omisiones, entre otras, la no adopción de medidas tendientes a asegurar el respeto de la vida privada; así como el irrespeto a los derechos de acceso en materia ambiental, muy arraigas en el Derecho Comunitario y en el Derecho Internacional, como son el derecho de acceso al público a la información ambiental, el derecho de participación del público en el proceso de toma de decisiones y el derecho de acceso a la justicia, todas ellos desarrollados ampliamente en el Convenio de Aarhus de 1998.

- *Cordella y otros contra Italia*. El TEDH declaró que la prolongación de una situación de contaminación ambiental pone en peligro la salud de la población que vive en zonas de riesgo, lo que constituye una violación del Convención Europea de Derechos Humamos.

Casos emblemáticos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Si bien la Convención Americana de Derechos Humanos no hace referencia directa, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) contempla de forma expresa el derecho al ambiente en su artículo 11.

Hasta hace poco, tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, solo hacían referencias esporádicas a tal derecho, vinculadas con las comunidades indígenas y como accesorio o complemento al derecho a la vida, a la salud, propiedad, acceso a la información y protección a los defensores de los derechos humanos, pero no era invocado de forma autónoma. Se

trataba entonces de un reconocimiento indirecto vía interpretación o aplicación de la Convención.

Lo anterior vino para cambiar luego de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por primera vez en su historia, se pronunciara a través de la Opinión Consultiva OC-23-17 del 15 de noviembre 2017, sobre el efecto de las obligaciones derivadas del derecho ambiental en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para ello, la Corte IDH interpretó e integró de forma sinérgica los principios, derechos y obligaciones de la normativa internacional de protección ambiental junto a las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Convención Americana.

La Opinión Consultiva recopila, analiza y sistematiza las principales reglas expresamente establecidas o recogidas en el derecho internacional consuetudinario, así como de los principios generales de derecho y del *soft law*. Asimismo, la Corte Interamericana se basó en su propia jurisprudencia y la de otros tribunales internacionales.

Dentro de los aspectos más relevantes desarrollados por la Corte Interamericana estrictamente relacionados con el derecho a un ambiente sano, destacan los siguientes:

> El derecho a un ambiente sano posee connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras, mientras que en su dimensión individual su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros, en la medida que la degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad (párrafo 59).

> El derecho a un ambiente sano es un derecho autónomo que, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en

ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de un derecho incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA), protegidos por el artículo 26 de la Convención, derecho que protege a la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos humanos, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. Al efecto, la Corte advirtió la tendencia a nivel global de reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza, no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales (párrafo 62).

Los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se clasifican en dos grupos: a) derechos sustantivos, tales como los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad, y b) derechos de procedimiento, entre ellos: libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo (párrafo 64).

El derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales, dentro de los que se encuentran los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la propiedad, derecho a la paz y el derecho a no ser desplazado forzadamente por deterioro del medio ambiente (párrafos 63 y 66).

La afectación a los derechos estrictamente vinculados al ambiente puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad, como pueblos indígenas, niños, personas viviendo en situación de extrema pobreza, minorías, personas con discapacidad, mujeres, comunidades que dependen, económicamente o para su supervivencia, fundamentalmente de los recursos ambientales, o que por su ubicación geográfica corren un peligro especial de afectación en casos de daños am-

> bientales, tales como las comunidades costeñas y de islas pequeñas (párrafo 67).

Por su parte, en relación con las obligaciones estatales derivadas del cumplimiento efectivo del derecho a un ambiente sano, en la Opinión Consultiva la Corte Interamericana desarrolló las siguientes:

> Los Estados deben velar porque su territorio no sea utilizado de modo que se pueda causar un daño significativo al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de los límites de su territorio. Por tanto, los Estados tienen la obligación de evitar causar daños transfronterizos (párrafos 127 a 174).
>
> Los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio (párrafos 127 a 174).
>
> Con el propósito de cumplir la obligación de prevención los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales; y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aun cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado (párrafos 141 a 174).
>
> Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica (párrafo 180).
>
> Los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente (párrafos 181 a 210).
>
> Con el propósito de cumplir la obligación de cooperación, los Estados deben notificar a los demás Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento que

> una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños significativos transfronterizos y en casos de emergencias ambientales, así como consultar y negociar, de buena fe, con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizos significativos (párrafos 187 a 210).
>
> Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana (párrafos 213 a 225).
>
> Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 23.1.a de la Convención Americana, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente (párrafos 226 a 232).
>
> Los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente (párrafos 233 a 240).

De esta forma, y al igual que como lo ha venido haciendo a nivel global el relator especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible en sus informes dirigidos a la Asamblea General de Naciones Unidas; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a nivel regional, por medio de la OC-23-17, otorgó contenido y sustento al derecho humano al ambiente sano del artículo 26 de la Convención Americana, mismo que presenta una serie de características propias que permiten calificarlo como un derecho humano atípico.

De acuerdo con la OC-23-17, a diferencia de otros derechos humanos, el derecho humano al ambiente sano protege a la naturaleza, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales, y no solamente por su utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación puede causar en otros derechos humanos, sino por la importancia para los demás organismos vivos, también merecedores de protección en sí mismos.

A raíz de lo anterior, la Corte Interamericana amplió de forma conjunta y sinérgica, el elenco de destinatarios de protección del derecho humano al ambiente sano, con el fin de incluir además de las generaciones presentes y futuras, a todas aquellas especies con las cuales el ser humano comparte el planeta, merecedoras de tutela por su importancia intrínseca e independiente de su valoración humana, reconociendo con ello, tácitamente, su derecho a existir, prosperar y evolucionar.

Se trata entonces de un derecho humano que tiene como destinatario de protección lo humano y lo no humano. Aplicando un enfoque biocéntrico, la Corte Interamericana rompe con el paradigma de que los derechos humanos son exclusivos de, por y para los seres humanos.

Podría decirse entonces que la Corte Interamericana, en su opinión consultiva 23-17, "ecologizó" el derecho humano al ambiente sano en sus tres distintas dimensiones. La primera de ellas, dimensión espacial, estableciendo obligaciones estatales a nivel nacional, transfronterizo y planetario; una segunda dimensión de carácter temporal, en relación con la tutela de los derechos ambientales de las generaciones presentes y futuras; y una última dimensión biocéntrica, por medio de la cual amplía su radio de protección sobre otras especies.

De esta forma, tanto los derechos ambientales de las generaciones presentes y futuras como los derechos de las demás especies y ecosistemas encuentran cabida bajo la esfera de protección que ofrece el derecho humano al ambiente sano; a todas luces, un derecho humano sui generis dentro del sistema interamericano de derechos humanos.

A continuación, se detallan los principales casos resueltos por la Corte IDH:

- *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*. Los peticionarios alegaron violaciones a sus derechos humanos ya que el Estado nicaragüense concesionó la explotación forestal en territorio indígena a una empresa privada. La Comisión dictó medidas cautelares a favor de la comunidad, como suspensión de corte de madera y el Estado anuló la concesión, lo que ocasionó que la empresa se retirase de

la zona. El litigio continuó en la Corte con el objeto de lograr reconocimiento legal del territorio de la comunidad, siendo que ésta falló a su favor en 2001. La Corte determinó que Nicaragua trasgredió los artículos 1.1 y 2 con relación al 21 de la Convención Americana (derecho propiedad privada) "toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que le puede llegar a corresponder, total o parcialmente, terrenos que deberá delimitar, demarcar y titular". Además señaló: "El derecho de propiedad reconocido en la Convención protege la tenencia tradicional de la tierra por parte de los pueblos indígenas, y por ende, el Estado no está facultado para otorgar concesiones a terceros en dichas tierras"; "El Estado debe abstenerse de realizar actos que pudieren afectar la existencia, valor, uso, goce, de los bienes ubicados en la zona geográfica habitada por la comunidad" y "El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación [...] la salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra".

- *Yakye Axa contra Paraguay*. Se trató de una comunidad indígena expuesta a la contaminación, sin agua potable, sin recursos alimentarios, ni asistencia en salud. A través de un decreto presidencial Paraguay declaró a la comunidad en estado de emergencia ordenando la provisión de atención médica y alimentaria a las familias. Sin embargo, Paraguay incumplió el decreto y la Comisión elevó la demanda ante la Corte Interamericana. En este fallo, la Corte IDH determinó útil y apropiado utilizar Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para interpretar la Convención Americana. Para la Corte IDH "queda demostrada la estrecha relación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentran, así como los elementos incorporados que se desprenden de ellos deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención" (derecho propiedad privada). Al igual que en el caso de los Mayagna Sumo Awas Tingni, la Corte

estimó que no le competía determinar cuál era el territorio tradicional de la comunidad, disponiendo que corresponde al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras de forma gratuita a dicha comunidad en un plazo de 3 años contados a partir de la notificación de la sentencia. Por último, la Corte condenó a Paraguay por no haber adoptado las medidas adecuadas de derecho interno para garantizar el uso y goce efectivo a los miembros de las comunidades indígenas de sus tierras tradicionales y con ello ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales.

- *Reyes contra Chile*. Los recurrentes alegaron que el Estado chileno se negó a brindarles información en manos del Comité de Inversiones relacionada con el Proyecto Río Cóndor y la empresa forestal Trillium. Dicho Proyecto implicaba la deforestación de varias hectáreas de bosque por lo que, a criterio de los demandantes, este podía resultar "perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile". La Corte Interamericana reconoce el derecho de los ciudadanos a buscar, recibir y dar información del gobierno, en el contexto del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata del supuesto de protección indirecta del medio ambiente, a través del derecho de los ciudadanos a recibir información de las consecuencias nocivas tanto para la salud como para el medio ambiente tenían la emisión de residuos tóxicos.
- *Saramaka People contra Surinam*. Se trató de concesiones mineras otorgadas por Surinam en territorio de la comunidad Saramaka. En este caso, la Corte IDH reconoce el derecho de consulta e información ambiental a favor de las comunidades indígenas cuando en sus territorios se pretende llevar a cabo proyectos de explotación de recursos naturales. A la vez, la Corte reconoce el derecho de propiedad comunal de la comunidad Saramaka a pesar de que la legislación de Surinam no contempla este tipo especial de propiedad y no había ratificado el Convenio 169 de la OIT. La Corte IDH establece la obligación de Surinam de adoptar medidas especiales para

reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto a dicho territorio. De la sentencia resalta el criterio externado por la Corte de que el derecho de propiedad comunal no es absoluto y que los Estados pueden restringir su uso y goce cuando: hayan sido establecidas previamente por ley; sean necesarias; proporcionales y que tengan como fin lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. De acuerdo con la sentencia el Estado debe garantizar:

» La participación efectiva de los miembros de la comunidad Saramaka de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con el plan de desarrollo, inversión, exploración y explotación (consentimiento libre, previo e informado).
» Que los miembros de la comunidad se beneficien razonablemente del plan que se llevará a cabo en su territorio.
» Que no se emitirá ninguna concesión hasta que entidades independientes y técnicamente capaces bajo la supervisión del Estado realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.

Por último, la Corte IDH consideró:

» Concesiones emitidas dañaron el ambiente y han tenido impacto negativo en tierras tradicionales y los recursos naturales usados por los miembros Saramaka que se encuentran, en todo o en gran parte dentro de los límites del territorio Saramaka.
» Estado no llevó a cabo estudios impacto social y ambiental.
» Estado no permitió participación eficaz de los Saramaka en el proceso de otorgamiento de concesiones de conformidad con sus tradiciones y costumbres.
» Miembros Saramaka no recibieron ningún beneficio por la explotación de los recursos naturales en su territorio.

- *Kawas Fernández contra Honduras*. Los hechos del presente caso se refieren a Blanca Jeannette Kawas Fernández, quien era una destacada defensora ambientalista que promovió la protección de los recursos naturales en Honduras. El 6 de febrero de 1995, Blanca Kawas Fernández se encontraba trabajando con su asistente en su casa, en la ciudad de Tela. Dos hombres armados interrumpieron en su habitación y le dispararon en el cuello, lo que le ocasionó la muerte en forma instantánea. Se interpusieron recursos judiciales a fin de inves-

tigar los hechos y sancionar a los responsables. Sin embargo, el proceso penal iniciado por la muerte de Blanca Jeannette Kawas Fernández seguía en etapa preliminar. Asimismo, no se había identificado a los autores de su asesinato ni se había formalizado denuncia penal contra persona alguna. En sentencia la Corte IDH vincula el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, y la vinculación entre los civiles y políticos, con los económicos, sociales, culturales y ambientales, al efecto el apartado 148 de la sentencia dispuso:

> 148. Además, como se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal y de la Corte Europea de Derechos Humanos, existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y las Naciones Unidas. También se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano. Estos avances en el desarrollo de los derechos humanos en el continente han sido recogidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador.

- *Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*. A finales del 2002 e inicios del 2003, agentes de las Fuerzas Armadas ecuatorianas y trabajadores de una empresa petrolera ingresaron sin consentimiento al territorio indígena para hacer trabajos de exploración sísmica. La empresa abrió trochas, introdujo explosivos y deforestó áreas de bosque, incluyendo árboles y plantas de valor sagrado y cultural para la comunidad. Así se puso en grave riesgo la vida de los miembros del pueblo de Sarayaku y sus condiciones de acceso a una vida digna. En este sentido, la sentencia estableció que Ecuador violó los de-

rechos a la integridad personal de los miembros del pueblo; no respetó el derecho a la consulta previa, libre e informada del pueblo Kichwa de Sarayaku cuando, en 1996, dio en concesión gran parte del territorio del pueblo a la empresa petrolera argentina CGC; ni tampoco realizó los estudios sociales y ambientales correspondientes. Con ello se violaron los derechos a la consulta, propiedad e identidad cultural estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio del pueblo Sarayaku. La sentencia ordena también al Estado ecuatoriano remediar la situación de riesgo que supone el abandono por parte de la petrolera argentina de 1400 kilos de explosivos abandonados en 16.000 hectáreas del territorio, espacio de vida que permanece ahora vedado para las actividades tradicionales de pesca, caza y recolección de frutos y establece que Ecuador deberá adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para hacer efectivo el derecho a la consulta previa de los pueblos o comunidades indígenas.

- *Comunidades indígenas Lhaka Honhat contra Argentina*. La sentencia reitera los estándares interamericanos sobre derechos territoriales de los pueblos indígenas y establece la obligación de entregar un título de propiedad único e indivisible en favor de diferentes comunidades que integran la comunidad Lhaka Honhat. La Corte tuvo por violados los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural, los cuales fueron definidos como derechos autónomos y justiciables en el marco del artículo 26 de la Convención Americana. La sentencia establece reglas sobre actuación estatal, en especial relacionadas al principio de prevención de daños ambientales frente a actos de particulares y fija lineamientos de restitución y compensación, por la violación de los derechos de los pueblos indígenas, en el contexto de la afectación sufrida a sus recursos naturales.

Enfoque de derechos en el ámbito ambiental y Ecologización de los derechos humanos

Conceptualización

El enfoque basado en derechos humanos constituye un marco conceptual fundado en el derecho internacional de los derechos humanos y orientado a su promoción y protección.

Dicho enfoque parte de la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales, culturales y ambientales, en la medida 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.

En el ámbito ambiental, el enfoque de derechos humanos reconoce, además, la existencia de una relación de conexidad e interdependencia entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación del ambiente y los efectos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos.

Esta relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, ha sido objeto de amplio desarrollo por parte del relator especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, quien en sus informes, ha venido utilizando el concepto ecologización de los derechos humanos, en inglés *greening human rights*, para referirse a la esfera de influencia del derecho al ambiente sano sobre aquellos otros derechos humanos íntimamente vinculados y particularmente vulnerables a afectaciones ambientales.

En su primer informe a la Asamblea General, el relator especial recomendó el reconocimiento expreso del derecho humano a un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, dedicando un apartado completo a la ecologización de los derechos humanos para justificar sus conclusiones y recomendaciones. En el párrafo 53 del citado informe expuso:

> 53. La relación entre los derechos humanos y el medio ambiente ha evolucionado rápidamente en los últimos cinco decenios, y más aún en los últimos cinco años. La ecologización de derechos humanos arraigados, como los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda, la cultura, el desarrollo, la propiedad y la vida privada y familiar, ha contribuido a mejorar la salud y el bienestar de las personas en todo el mundo. Sin embargo, queda mucho por hacer para aclarar aún más y, lo que es más importante, cumplir las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. En este sentido, es de suma importancia el reconocimiento jurídico del derecho a un medio ambiente saludable a nivel mundial, a fin de que todas las personas puedan disfrutar este derecho humano fundamental en todos los Estados, y no en el subconjunto de países en los que se reconoce actualmente. El reconocimiento mundial de este derecho colmaría una laguna evidente en la estructura de los derechos humanos internacionales.

El enfoque de derechos humanos en el ámbito ambiental y el fenómeno de la ecologización de los derechos humanos son inherentes y consustanciales. Ello debido a la doble dimensión del derecho humano al ambiente, la primera como derecho autónomo e independiente y la segunda, en relación con otros derechos humanos especialmente vulnerables a afectaciones ambientales.

De esta forma, como derecho autónomo, el derecho al ambiente sano ejerce una esfera de influencia sobre una serie de derechos humanos con los que se encuentra estrechamente vinculado, fenómeno conocido como ecologización de los derechos humanos. A la vez, los derechos humanos especialmente vulnerables a afectaciones ambientales, a raíz del enfoque de derechos humanos, deben ser interpretados y aplicados de forma sinérgica y armónica conjuntamente con el derecho al ambiente, a efectos de lograr la óptima solución a la gran variedad de conflictos jurídicos de carácter social, económico y ambiental.

De conformidad con la Opinión Consultiva OC-23-17 y los informes del relator especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el

disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, es posible clasificar los derechos especialmente vinculados al medio ambiente en dos grupos, por una parte, los derechos de procedimiento o de acceso: derecho de acceso a la información ambiental, a la participación pública en la toma de decisiones y a la justicia ambiental; y por la otra, los derechos sustantivos, entre ellos: derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, propiedad, paz y a no ser desplazado forzadamente por deterioro del medio ambiente.

Partiendo del hecho de que no existen derechos absolutos, ilimitados ni irrestrictos, y que el derecho al ambiente, en su dimensión de derecho autónomo, no es suficiente para dar solución integral a la amplia y creciente gama de problemas de índole social, económico e incluso ambiental, se hace necesario para el operador jurídico, encontrar todas aquellas zonas de confluencia que permitan integrar y aplicar de forma justa, razonable y equilibrada, el derecho al ambiente con el resto de derechos humanos, tomando en estricta consideración aquellos grupos especialmente vulnerables a las afectaciones ambientales, entre ellos: pueblos indígenas, niños, personas viviendo en situación de extrema pobreza, minorías, personas con discapacidad, mujeres, comunidades que dependen, económicamente o para su supervivencia, fundamentalmente de los recursos ambientales, o que por su ubicación geográfica corren un peligro especial de afectación en casos de daños ambientales, tales como las comunidades costeñas y de islas pequeñas.

Enfoque basado en derechos humanos y ecologización de derechos en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica

Desde sus comienzos, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se ha encargado de ponderar y aplicar de forma sinérgica el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, previsto en los artículos 50 y 46 constitucionales, en relación con otros derechos de índole constitucional y convencional.

Al respecto, Jurado Fernández afirma:

> La labor de la jurisprudencia constitucional ha sido vital para que el principio constitucional que obliga al Estado a proteger y tutelar el ambiente adquiera las condiciones

> normativas necesarias para su aplicación. En esta labor, la Sala Constitucional ha ponderado los diversos principios en juego y ha derivado reglas jurídicas claves para la adecuada protección del ambiente.

A lo largo de los años, la Sala Constitucional en sus fallos, ha venido implementando el enfoque basado en derechos, ecologizando una serie de derechos humanos ambientales sustantivos, entre otros, la propiedad, vivienda, agua potable, alimentación y seguridad alimentaria, consulta indígena, tal y como se analizará a continuación.

Derecho a la propiedad privada

Uno de los primeros derechos ecologizados por parte de la jurisprudencia constitucional, luego del derecho a la calidad de vida y la salud, fue el derecho a la propiedad privada, reconocido en el numeral 45 de la Constitución Política y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde la década de los noventa, Sala Constitucional externó su preocupación por el tema del medioambiente y sus implicaciones sobre el derecho a la propiedad. En este sentido, en la sentencia número 5893-1995 del 27 de octubre de 1995, *leading case* en esta materia señaló:

> Tradicionalmente se ha dicho que el derecho de propiedad pertenece a la categoría de derechos de la persona, en cuanto forma parte de una comunidad socio-económica. Esta categoría, otorga a los particulares una serie de derechos que les permite desarrollarse, por una parte, como empresarios y, por la otra, como beneficiarios de una serie de prestaciones que le brinda el Estado, con el fin de buscar un equilibrio social adecuado. Pero ese derecho, está integrado por una serie de regulaciones normativas, cuya característica esencial es el establecimiento de prohibiciones o la imposición de deberes a sus titulares, sobre todo en relación con el ejercicio de facultades o poderes que integran ese derecho (uso, transformación, usufructo, disposición, etc.). Por lo tanto, tales regulaciones integrativas del derecho de propiedad pueden válidamente imponer a los propietarios obligaciones de dar, hacer o no hacer, sin que ello implique necesariamente el deber correlativo de

indemnización por parte del Estado. Ello es así pues no implican mayor sacrificio para el propietario, quien entonces no sufre agravio en su derecho. Ligado íntimamente con lo anterior está el tema de la inviolabilidad de la propiedad, concepto que ha ido sufriendo una metamorfosis; empezó como un derecho de la primera generación y como tal, un derecho absoluto. Sin embargo, como en tantos otros campos del derecho, las necesidades socio-económicas han hecho que estos conceptos, que alguna vez fueron rígidos e inflexibles, evolucionen hacia una perspectiva mucho más amplia. El derecho de propiedad no escapó a tal situación. Modernamente, en tratándose del recurso forestal, se habla de la función ecológica de la propiedad, es decir, que este instituto jurídico debe orientarse al cumplimiento de una función de protección ecológica que, lógicamente, impone limitaciones a ese derecho, toda vez que esa función de protección no puede ser efectiva si no se admite una serie de limitaciones a la propiedad, las que pueden entenderse como aquellas limitaciones o regulaciones que no pueden ir más allá de cierto límite, ya que, de lo contrario, harían nugatorio el ejercicio del derecho de propiedad. *A contrario sensu*, sí se pueden establecer limitaciones en el tanto y en el cuanto el administrado pueda ejercer los atributos esenciales del derecho de propiedad, dentro de determinadas condiciones. De allí que, limitar la propiedad a tal punto que no se pueda ejercer ninguno de sus atributos esenciales, implicaría una expropiación de hecho —circunstancia en la cual la misma Ley Forestal Nº 7174, como se verá, establece los mecanismos indemnizatorios correspondientes— y dejaría ese derecho ayuno absolutamente de contenido y, por ende, contrario a lo dispuesto en el artículo 45 constitucional. Por otro lado, conviene advertir que, a nivel mundial, existe la tendencia a considerar que el ambiente y la ecología, no son un interés de una región, de un país o de un continente en particular, sino que son intereses universales en la medida en que lo que se haga a favor o en contra de la naturaleza en un país o región, afecta también al resto de la tierra. Esto es lo que justifica básicamente algún tipo de limitación a la propiedad privada en aras de la defensa del ambiente, principio este —que contienen los artículos 45 y 50 de la Constitución Política— con el que se pretende un

equilibrio entre conservación y producción, ambos intereses sociales. Por tales razones, se incluyen, dentro del criterio de propiedad del referido numeral 45, en relación con el 50, ambos constitucionales, la propiedad forestal, la propiedad agraria, la propiedad ecológica, la propiedad ambiental, etc., todas con asidero constitucional en los citados artículos y con una específica regulación y naturaleza jurídicas. Asimismo, en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, entre otras cosas, quedó establecido el derecho soberano de los estados a definir sus políticas de desarrollo. Se enuncia también, el principio precautorio (principio 15 de la Declaración de Río), según el cual, "con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". De modo que, en la protección de nuestros recursos naturales, debe existir una actitud preventiva, es decir, si la degradación y el deterioro deben ser minimizados, es necesario que la precaución y la prevención sean los principios dominantes, lo cual nos lleva a la necesidad de plantear el principio "in dubio pro natura" que puede extraerse, analógicamente, de otras ramas del Derecho y que es, en un todo, acorde con la naturaleza. No obstante, la tarea de protección al medio ambiente se dificulta toda vez que arrastramos una concepción rígida con respecto al derecho de propiedad, que impide avanzar en pro del ambiente, sin el cual no podría existir el derecho a la vida, al trabajo, a la propiedad o a la salud. No se debe perder de vista el hecho de que estamos en un terreno del derecho, en el que las normas más importantes son las que puedan prevenir todo tipo de daño al medio ambiente, porque no hay norma alguna que repare, a posteriori, el daño ya hecho; necesidad de prevención que resulta más urgente cuando de países en vías de desarrollo se trata. En este sentido, la Declaración de Estocolmo afirmó "...que en los países en desarrollo la mayoría de los problemas ambientales son causados por el mismo subdesarrollo. Millones continúan viviendo por debajo de los

estándares mínimos de salud y salubridad. Por lo tanto, los países en desarrollo deben dirigir todos sus esfuerzos hacia el desarrollo, teniendo en mente las prioridades y necesidades para salvaguardar y mejorar el ambiente. Por la misma razón los países industrializados deberían hacer esfuerzos para reducir la brecha entre ellos y los países en desarrollo". De todo lo anterior, es claro que es obligación del Estado la protección de la belleza natural y del medio ambiente (artículos 50 y 89 de la Constitución Política), pues en ello hay un evidente interés particular y social, fin que para poderlo alcanzar es necesario la promulgación de leyes que regulen en forma adecuada la materia. Ciertamente, el hombre tiene el derecho de hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, pero también tiene el correlativo deber de protegerlo y preservarlo para el uso de generaciones presentes y futuras. Así, por ejemplo, en la Conferencia de Estocolmo se afirma que "el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras". No debe perderse de vista que el suelo, el agua, el aire, los recursos marinos, costeros y minerales, los bosques, la diversidad biológica y el paisaje conforman el marco ambiental sin el cual las demandas básicas como espacio vital, alimentación, energía, vivienda, sanidad y recreación serían imposibles. De igual modo, nuestra economía también está íntimamente ligada al estado del ambiente y de los recursos naturales; así, por ejemplo, tanto la generación de divisas por explotación agrícola y turística, como el éxito de importantes inversiones e infraestructuras dependen, en última instancia, de la conservación de aquéllos. Por lo anterior, el Derecho Ambiental no debe asociarse sólo con la naturaleza, pues ésta es únicamente parte del ambiente. La política de protección a la naturaleza se vierte también sobre otros aspectos como la protección de la caza, de los bosques, de los parques naturales y de los recursos naturales. Se trata, entonces, de un concepto macroambiental, para no dejar conceptos importantes por fuera y así lograr unificar el conjunto jurídico que denominamos Derecho Ambiental

> [...] Asimismo, esta Sala se ha manifestado reiteradamente en cuanto a la protección del ambiente como derecho fundamental. Su protección ha sido intensa y, podríamos decir, hasta revolucionaria, pues ha señalado claramente las obligaciones que tanto el Estado como los particulares tienen en la lucha por conseguir un ambiente cada día más sano. De todo lo anterior, que es racional y constitucionalmente válido imponer limitaciones a la propiedad privada en pro de la conservación del medio ambiente y del patrimonio forestal.

Es importante señalar que la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala Constitucional en esta materia tuvo efectos sobre el legislador, lo cual se vio reflejado en la redacción del artículo 8 de la Ley de Biodiversidad de 1998, que al efecto reza:

> Como parte de la función económica y social, las propiedades inmuebles deben cumplir con una función ambiental.

Más recientemente, en el voto número 2012-16629 del 28 de noviembre de 2012, la Sala Constitucional dispuso:

> 1.- LAS PROPIEDADES, SU FUNCIÓN Y ESTRUCTURA ES OBRA DEL LEGISLADOR. En una interpretación amplia del texto base para resolver la consulta judicial planteada, y para determinar si se debe aplicar o no un criterio de propiedad privada (adquirida por usucapión e inscrita en el Registro Público mediante Información Posesoria), o un criterio de propiedad agraria pública (reservada al Estado), es necesario recordar lo indicado por esta Sala, en cuanto a los diferentes regímenes de propiedades que abarca dicha norma: "Por tales razones, se incluyen, dentro del criterio de propiedad del referido numeral 45, en relación con el 50, ambos constitucionales, la propiedad forestal, la propiedad agraria, la propiedad ecológica, la propiedad ambiental, etc., todas con asidero constitucional en los citados artículos y con una específica regulación y naturaleza jurídicas..." (S.C., No. 5893-95 de 9:48 horas del 27 de octubre de 1995). La inteligencia de dicha interpretación normativa debe ser profundizada. El tratamiento de la protección de los derechos reales, en materia civil y agraria, tienen una gran importancia en todos los ordenamientos jurídicos que han consolidado una base

constitucional arraigada en la protección de los derechos humanos fundamentales: junto a los derechos de libertad económica, entre los cuales se encuentra la propiedad privada y demás derechos reales derivados, también se han consagrado derechos-deberes económicos, sociales y ambientales. La propiedad privada y la libertad económica encuentran protección constitucional en los artículos 45 y 46 de nuestra Carta Magna y, aunque parece obvio, su existencia y defensa obedecen a la permanencia de un Estado Social de Derecho, basado en principios y valores constitucionales, en los cuales se consagran no solo derechos a favor de los particulares, sino también deberes, con miras a alcanzar un desarrollo económico, con equidad, solidaridad y justicia social. En consecuencia, si las normas y principios constitucionales de los derechos reales, tanto en materia civil, como agraria, son comunes, no es posible escindir, completamente, las dos materias del Derecho de la Constitución, con mayor razón, tratándose del tema de la expropiación con fines de utilidad pública. La función y la estructura de los derechos reales son comunes en ambas materias, pero su contenido es diverso. La función es la utilidad económica o social para el cual fue diseñado un derecho real particular, y la misma dependerá de la naturaleza (civil, agraria, ecológica, ambiental) del bien sobre el cual recae tal derecho. La estructura, se refiere al conjunto de derechos y obligaciones del titular de ese derecho real, impuestos por la legislación ordinaria, y modificados por la legislación especial, para responder a las necesidades de cada momento histórico. La diversa estructura y función de los bienes, de acuerdo con su naturaleza, conduce a hablar de diversos tipos de propiedad: la civil, la urbana, la agraria, la forestal, la horizontal, la intelectual, y así sucesivamente. También se habla de posesión y usucapión civil, agraria, forestal o ecológica. Igualmente, de servidumbres civiles, de aguas, agrarias, y más recientemente de servidumbres ecológicas. En cualquier caso, la Constitución es garante de la protección de tales derechos reales, para brindar no solamente seguridad jurídica a sus titulares, sino también, para obligar el cumplimiento de la función económica, social y ambiental, para la cual fueron concebidos. Pero la Constitución

> también protege, con particular atención, todos los bienes productivos que forman parte de la Propiedad agrícola del Estado y su dominio público, y que en algún momento pueden ser de utilidad para el bien común.

La línea jurisprudencial seguida por la Sala Constitucional que pondera y armoniza los derechos a la propiedad y libertad económica con el derecho al ambiente, a través de la figura de la función social y ambiental de la propiedad, también ha permeado otras jurisdicciones con competencias ambientales. Un ejemplo claro de lo anterior lo constituye la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 507-2004 del 17 de junio del 2004:

> Conviene resaltar que en esta etapa de nuestra evolución jurídico-política, puede considerarse superado el concepto absoluto de propiedad privada, que hace de aquél un derecho irrestricto, exclusivo y perpetuo. La concepción filosófica que de ella brinda la Constitución, trasciende desde luego el concepto liberal acuñado de manera constante por la evolución constitucional patria, influenciada al respecto por las ideas de la posrevolución francesa (que para aquella época se plasmaron incluso de manera expresa en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789), para dar paso a un concepto heterogéneo en el que confluyen diferentes corrientes ideológicas que hacen de la propiedad un "derecho función". En efecto, aquella noción de un propietario omnímodo, sin miramiento, ni respeto del derecho ajeno, expresada por los antiguos en la vieja noción de un dominio extensivo desde el confín de los cielos hasta el confín de los infiernos (*usgue ad inferna*, *usgue ad coela*), ha dejado de tener vigencia en un sistema colectivo en el que la interrelación de los individuos obliga, por razonabilidad básica, a la delimitación de lo propio, siempre dentro del contexto de la colectividad, de la que en no pocas oportunidades se sirve para la satisfacción de sus necesidades elementales. Es así como el numeral 45 de la Norma Suprema nacional, califica la propiedad de inviolable y pasa luego a conjuntarla, de manera en todo armónica, con la expropiación fundada en intereses públicos superiores, así como en las limitaciones arraigadas en la satisfacción de necesidades colectivas, que garanticen un medio de vida

> sano y equilibrado para los actuales y futuros habitantes del territorio. De esta forma, la noción de propiedad se amalgama de manera plena y perfecta con el derecho constitucional al medio ambiente, que, con igual intensidad y jerarquía, proclama el cuerpo constitucional en su precepto 50. Por ello no es difícil inferir la regulación urbanística como intermedia entre propiedad y ambiente, pues, al fin y al cabo, es el anverso gris, ordenatorio y edificativo de esta última materia. Ambiente y urbanismo se constituyen así en áreas del Derecho que, con su rol limitante, delimitan el contorno preciso del derecho de propiedad, es decir, su contenido esencial. Surgen de esta forma, las limitaciones a la propiedad autorizadas en la propia Constitución, que por generales y expresas requieren de la aprobación legislativa calificada, y están siempre condicionadas por el uso natural del bien y su valor económico de mercado, pues de no ser así, en vez de limitación hay expropiación. Su vocación para la satisfacción de intereses colectivos o generales ha justificado la negativa indemnizatoria en la restricción producida, pues al fin y al cabo ha sido aprobada por todos (o por una mayoría calificada de la Asamblea Legislativa) para la satisfacción de todos. En ese sentido, se convierten en un elemento imprescindible para la convivencia en sociedad.

Sería posible concluir que, con la aplicación por parte de la Sala Constitucional del enfoque de derechos humanos en el ámbito ambiental, la concepción clásica de la función social de la propiedad se ecologizó, permitiendo la imposición de limitaciones y restricciones útiles, razonables, proporcionales, oportunas y excepcionales de carácter ambiental, que busquen un desarrollo sostenible y armonizar los intereses particulares con el interés público ambiental.

Al respecto, la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, suscrita durante el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN de Río de Janeiro del 2016, incluyó dentro del elenco de principios generales y emergentes del Estado de derecho ambiental a la función ecológica de la propiedad.

Derechos de los pueblos indígenas

El derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia interamericana y constitucional, han venido reconociendo de forma sostenida una serie de derechos a los pueblos indígenas con sus inherentes obligaciones estatales.

El relator especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, en su informe número UN Doc. A/HRC/37/59 al Consejo de Derechos Humanos, dentro de los Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente recopiló las siguientes obligaciones estatales:

> Reconocer y proteger sus derechos a las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado.
>
> Consultar con ellos y obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de reubicarlos o de adoptar o aprobar otras medidas que puedan afectar a sus tierras, territorios o recursos.
>
> Respetar y proteger sus conocimientos y prácticas tradicionales en relación con la conservación y la utilización sostenible de sus tierras, territorios y recursos.
>
> Garantizar que participan de manera justa y equitativa en los beneficios de las actividades relacionadas con sus tierras, territorios o recursos.

Los pueblos indígenas son particularmente vulnerables a la degradación del medioambiente no sólo por su especial relación espiritual y cultural con sus territorios ancestrales, sino también debido a su dependencia económica de los recursos ambientales y porque, a menudo, "viven en tierras marginales y ecosistemas frágiles que son particularmente sensibles a las alteraciones en el medio ambiente físico" (UN Doc. A/HRC/10/61).

A través del voto 2016-5620 del 27 de abril de 2016, la Sala Constitucional, en aplicación del enfoque de derechos humanos en el ámbito del medio ambiente, realizó la debida ponderación,

bajo términos de equidad y progresividad, entre el derecho de los pueblos indígenas a la consulta y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

En dicho voto, la Sala Constitucional declaró con lugar acción de inconstitucionalidad contra el decreto ejecutivo número 26511-MINAE del 18 de diciembre de 1997, denominado "Reglamento para el Aprovechamiento del Recurso Forestal en las Reservas Indígenas", por contravenir los artículos 6 inciso 1.a, y 7 incisos 1 y 4 del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, a raíz que el Poder Ejecutivo omitió su consulta a los pueblos indígenas previo a su emisión, lo cual tiene incidencia en el uso y aprovechamiento de los recursos forestales ubicados dentro de los territorios indígenas.

Sin embargo, por tratarse el decreto ejecutivo número 26511-MINAE —declarado inconstitucional— de una normativa que conlleva una mejor garantía para el ambiente en comparación a las disposiciones generales de la Ley Forestal que regula actualmente el patrimonio forestal privado, con el fin de evitar que se lleguen a producir daños graves e irreparables al ambiente con su derogación inmediata, y a la vez, proteger los derechos ambientales de las comunidades indígenas reconocidos por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia interamericana, la Sala Constitucional procedió a dimensionar los efectos de la sentencia, en aplicación del artículo 91 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

Dicho dimensionamiento consistió en mantener la vigencia del decreto declarado inconstitucional por el plazo de 4 años contados a partir de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial La Gaceta, periodo dentro del cual, el Poder Ejecutivo deberá llevar a cabo la consulta respectiva a los Pueblos Indígenas, ya sea para prorrogar su vigencia o reformarlo, siendo que si al final del plazo dicha condición no se cumple, inexorablemente el decreto perderá vigencia y entrarán a regir las disposiciones generales ambientales vigentes al efecto.

Al respecto, el citado voto reza:

> Dimensionamiento. Ahora, si bien una omisión de dicha naturaleza, vicia de inconstitucionalidad la totalidad del

Decreto Ejecutivo aquí cuestionado, y su consecuencia inmediata implicaría la nulidad del mismo; lo cierto es que tal situación podría acarrear eventuales daños ambientales que fueron advertidos por todos los intervinientes en esta acción. Esto, por cuanto incluso, dejar en vigencia al anterior Decreto Ejecutivo N° 26511-MINAE de 10 de junio de 1997, tampoco sería suficiente garantía ambiental, toda vez que tal disposición si bien en el artículo 5 establecía una limitación al aprovechamiento forestal de 20 árboles por parcela por año, no limitaba su explotación únicamente a terrenos sin cobertura boscosa como lo hace el actual decreto, lo que dejaría expuestas otras zonas de interés ambiental a tutelar.

Por otro lado, debe tomarse en consideración, que aún con el defecto apuntado, el decreto impugnado significaba una mayor garantía para el ambiente que la normativa actual, derecho que como quedó previamente acreditado, también es de índole convencional y constitucional, de igual rango que el invocado por el accionante, y que implica no dejar desprotegido al ambiente. De manera que la solución de esta controversia implica una ponderación de ambos derechos, a efectos de disponer el dimensionamiento correspondiente en esta acción bajo términos del principio de equidad y de progresividad de los derechos fundamentales. De equidad, por cuanto se debe procurar la solución más justa, aplicando un criterio de valoración del derecho que logre la adecuación de las normas y las decisiones jurídicas a los imperativos de una justicia más flexible y humana, que permita un tratamiento jurídico más conforme a la naturaleza y circunstancias del caso concreto. Y en este caso, la progresividad en la tutela y el principio precautorio que rige en materia ambiental, son los que precisamente nos conminan a optar por mantener la vigencia del decreto impugnado por un tiempo determinado, a efecto de que se rectifique el vicio apuntado o se sustituya dicha normativa. Esto a efectos de no reducir el nivel de protección al ambiente que se resguarda actualmente, en relación con los permisos para explotar el recurso forestal en dichas propiedades. Los recursos forestales son muy importantes, pues si bien a través de ellos se puede conseguir materia prima para garantizar

determinadas necesidades esenciales (madera, alimentos, etc.), lo cierto es que son vitales para el ambiente porque absorben dióxido de carbono, regulan el clima, protegen las cuencas hidrográficas, y en sí mismos constituyen una fuente de diversidad biológica, indispensable para la conservación de los recursos genéticos y de especies importantes. Es por ello que un adecuado manejo de los bosques, implica un conjunto de actividades relacionadas, no solo con la producción de bienes y servicios, sino también con aquellas dirigidas a la conservación de estos, así como a la restauración de las áreas que han sido degradadas. Por el contrario, un descontrol sobre dicho manejo —deforestación—, podría significar disminuir sensiblemente la capacidad de la superficie terrestre para controlar su propio clima y composición química, la extinción local o regional de especies, la disminución en la polinización de cultivos comerciales, pérdida de recursos genéticos, el aumento de plagas, la alteración de los procesos de formación y mantenimiento de los suelos, impedir la recarga de los acuíferos y alterar los ciclos biogeoquímicos. Todo lo cual implicaría pérdidas sensibles en la diversidad biológica a nivel genético, poblacional y eco sistémico, no solo de dichos sectores en propiedad indígena, sino indudablemente con efectos extrapolados al resto de la población, del país y de la comunidad internacional, pues es bien sabido que muchos de esos daños producidos en el ambiente, llegan a ser irreparables y sus secuelas trascienden más allá de las fronteras de las reservas indígenas, ya que pueden llegar a afectar a la colectividad en su conjunto, no solo a nivel nacional, sino también internacional. Precisamente, en atención a ello se ha dispuesto la adopción de múltiples convenios internacionales, pues dichas consecuencias pueden ser tan lesivas que agoten la existencia de los recursos de los cuales dependen la misma humanidad para sobrevivir. Es por eso que en materia ambiental, el deber de prevención es imprescindible. Así lo postuló la Declaración de Río, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, al disponer lo siguiente:

Principio 15.-

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

De esta manera, la prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos naturales. El principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible —o una duda al respecto—, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior, por cuanto en materia ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz, pues según se indicó, de haberse producido el daño, las consecuencias biológicas y socialmente nocivas pueden ser irreparables. Así las cosas, la represión podría tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensaría los daños ocasionados al ambiente. Dado lo anterior, la nulidad del Decreto Ejecutivo cuestionado no sería acorde con el principio precautorio señalado, lo cual incluso iría en detrimento de los propios intereses de las comunidades indígenas, pues como el mismo Convenio 169 lo establece, y así lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que existe una "estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra [que] debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras" —ver sentencia del 28 de noviembre de 2007, Caso del Pueblo Saramaka *vs* Surinam—. Y en igual sentido se debe aten-

> der, por ejemplo, a lo dispuesto por la Convención sobre Diversidad Biológica, al señalar en el artículo 10: "Cada parte contratante, en la medida de lo posible y según proceda: [...] c: protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible..." (el resaltado es nuestro). Resulta claro entonces, que este Tribunal debe ponderar ambos derechos en conflicto y atender ambos compromisos jurídicos internacionales —el respeto de los derechos de los pueblos indígenas— y la —protección del ambiente—. De ahí que lo pertinente a la luz de lo dispuesto en el numeral 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sea mantener la vigencia del decreto impugnado por un plazo de 4 años a partir de la publicación de la reseña en el Diario Oficial La Gaceta de esta sentencia, dentro del cual el Poder Ejecutivo deberá llevar a cabo la consulta respectiva a los Pueblos Indígenas, ya sea para mantener la vigencia de este mismo decreto o reformarlo. Al final de dicho plazo, si dicha condición no se cumple, inexorablemente dicho decreto perderá vigencia por el vicio apuntado y regirán únicamente las disposiciones generales ambientales vigentes al efecto, pues no sería razonable mantener sine die, la vigencia del decreto en cuestión habiendo lesionado los derechos de los Pueblos Indígenas ante la falta de la consulta que prescribe el Convenio No. 169.

A través de la herramienta procesal del dimensionamiento de los efectos de sus sentencias, la Sala Constitucional ponderó, compatibilizó y armonizó, de forma justa y equilibrada, el derecho a un ambiente sano y equilibrado y los derechos de los pueblos indígenas, ecologizando estos últimos a través de los principios de equidad, progresividad, preventivo y precautorio; logrando la solución más favorable para el ambiente —principio indubio pro natura— y salvaguardando a la vez, los derechos de los pueblos indígenas como grupo especialmente vulnerable a las afectaciones ambientales.

Derecho a la vivienda

En el voto 2011-13436 del 05 de octubre de 2011, la Sala Constitucional desarrolló ampliamente, desde el ámbito constitucional y

del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la vivienda digna.

En esa oportunidad, el tribunal constitucional realizó un primer acercamiento entre el derecho a la vivienda digna y otros derechos humanos con los que guarda estricta relación:

> Por otra parte, el derecho a la vivienda digna conlleva a que sea adecuada, y ello depende de la realización de otros derechos, como a la igualdad, a la educación, a la salud y acceso a hospitales, a su localización libre de peligros, contaminantes y riesgos para la salud humana, de dignidad, privacidad, libertad de movimiento, de acceso de las comunidades a los servicios de emergencia, entre otros, en los que el Estado juega un papel preponderante al poner las condiciones para un óptimo desarrollo.

Más recientemente, en el voto 2016-811 del 20 de enero de 2016, la Sala Constitucional al resolver la acción de inconstitucionalidad contra la Ley número 9221, denominada "Ley Marco para la Declaratoria de Zona Urbana Litoral y su Régimen de Uso y Aprovechamiento Territorial", ponderó y armonizó el derecho a la vivienda digna y el derecho a un medio de subsistencia digno que le garantice a la persona el satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, con el derecho al ambiente, a través de la ecologización del derecho urbanístico y la relativización del principio de intangibilidad de la zona pública de la zona marítimo terrestre, autorizando un régimen especial que, bajo estrictas salvaguardas de índole ambiental, permite concesionar la zona pública de la zona marítimo terrestre, tomando como fundamento las condiciones de vulnerabilidad social y económica de las poblaciones costeras.

Sobre la relación entre el derecho urbanístico y el derecho ambiental y la relevancia constitucional de los planes reguladores de ordenamiento territorial, la Sala Constitucional expuso:

> C.- El ordenamiento territorial como garantía de defensa del ambiente y del ser humano.- Frente a la necesidad del ser humano para desenvolverse en todo su entorno, son los planes reguladores un mecanismo de defensa del medio ambiente y de la calidad de vida de todos los seres humanos de una comunidad; se constituyen en un instrumento jurídico, técnico y científico de proyección de una

serie de derechos humanos que garantizan un desarrollo social, económico, cultural y procuran la salubridad física y mental para la población. Además, tenemos que reconocer que el Derecho urbanístico difícilmente puede concebirse hoy en día desvinculado de los criterios de defensa del medio ambiente, pues más allá de la finalidad de crear mejores relaciones entre la naturaleza y los habitantes de un lugar, al establecer normas de higiene y de la salubridad pública, o mejoramiento de los cuadrantes de una ciudad, se busca, sobre todo, una sostenibilidad ambiental mientras se desenvuelve una determinada comunidad. ¿Pero qué sucede cuando en países de ingreso medio a bajo, especialmente en algunas áreas costeras yacen comunidades marginales o excluidas de los beneficios del desarrollo de nuestro país, donde el habitante que se asienta ahí lo ha hecho desde muchos años y porque le aporta medios escasos para subsistir? No desconoce esta Sala los problemas que trae para los pobladores la búsqueda de soluciones a sus problemas de falta de vivienda digna, junto a un abaratamiento de los costos para poder edificarla, así como la de utilizar inconvenientemente las formas de crecimiento vegetativo de viviendas a lo largo de las calles públicas o, en este caso, dentro de la zona pública donde ejercen la actividad principal de vida, etc. Es ahí, lamentablemente, donde el planeamiento territorial se ve frustrado por la espontaneidad del crecimiento urbano incontrolado, y donde la posibilidad de recurrir a los criterios para diseñar o construir una comunidad resultan casi imposibles. De ahí que la realidad obliga a diseñar una normativa que intenta conciliar el Derecho ambiental con varios derechos económicos, sociales y culturales. Como se ve, se trata de una Ley marco que provee las condiciones para que las municipalidades reconozcan los asentamientos humanos de importancia (determinados por el INVU), bajo los presupuestos jurídicos que permitirían introducir una planificación urbanística y consolidar un determinado régimen de ordenamiento urbano para las personas; y que es importante resaltar, ya de por sí coexisten en un determinado territorio. No olvida esta Sala que el cambio de régimen implica para aquellas personas que han venido ocupando el área pública de la zona marí-

timo terrestre el ejercicio informal de sus derechos económicos, sociales y culturales, y también para las personas que podrían ser afectadas dentro del área restringida. El punto medular que nos ocupa reside en que la declaratoria de la zona urbana litoral requiere de la evaluación de impacto ambiental estratégica del área en cuestión, con lo que pone de manifiesto el ligamen entre el Derecho urbanístico con el Derecho ambiental. No procede si no tiene este tipo de evaluación. De este modo, el legislador procura las condiciones para asegurar mediante las regulaciones urbanísticas una determinada estabilidad jurídica y los efectos positivos que procura el Derecho urbanístico, ante una situación de hecho, toda vez que a pesar del régimen actual, este actúa más en beneficio del crecimiento urbano incontrolado pues hay vacíos normativos que el Estado no ha podido solucionar, pero que demanda de una solución al estar involucrados derechos fundamentales. En el caso, se debate entre una tesis absolutista frente a otra relativa en la que consideramos que existen recursos de protección que lograrían producirse por medio de la planificación urbana. En opinión de la Sala, al procurar un balance adecuado en esta delicada materia, las diferentes disciplinas jurídicas se nutren de la ciencia y la técnica, sea del derecho ambiental y urbanístico, como también del Derecho público y administrativo, para dar una solución a una problemática social muy antigua. Más aún, el Informe XX del Estado de la Nación en lo atinente a las regulaciones ambientales, se refiere a esos vacíos normativos. De este modo, se dice que: "En suma, pese a la gran cantidad de normas aprobadas en las últimas décadas, tanto internamente como a nivel internacional, no se logra revertir las dinámicas que comprometen la gestión ambiental del país. La diversidad y magnitud de los desafíos en este campo evidencian la poca efectividad del derecho ambiental para armonizar las actividades económicas, la equidad social y el equilibrio ecológico […]". En efecto, el Derecho ambiental no es suficiente para dar una solución integral. Más aún, llama la atención otro dato que es relevante para este Tribunal, como el expresado en el informe de la Contraloría General de la República DFOE-AE-IF-12-2014, en el que consta que ninguna muni-

cipalidad costera cuenta con un plan regulador que abarque la totalidad del territorio de su cantón; además carecen de información de todos los regímenes de propiedad presentes, ni el área que los conforma. Algunas desconocen, incluso, la extensión de la costa del cantón, con lo que se evidencian las flaquezas precisas y contundentes en un tema que es de vital importancia, y que demanda de una solución más permanente entre el ser humano y el ambiente, en parte reside en eliminar los vacíos normativos de las corporaciones municipales, que son, en suma, las instituciones en que se depositan la competencia para dar una respuesta apropiada, por la cercanía que tienen los pobladores con la materia urbana y el ambiente, entre el tema de lo local y las corporaciones municipales. De conformidad con el artículo 7 de la Ley No. 9221, con la declaratoria de zona urbana litoral se desencadena otro proceso de garantía del ambiente, como lo es elaborar un plan regulador urbano para toda el área, que deben ajustarse a la legislación ambiental. Si de hecho se ha producido una situación social que el Estado no ha podido resolver en más de cincuenta años, la solución no reside en la prohibición, sino en la utilización de los mecanismos legales que racionalicen el uso de esos bienes a través de una solución integral. No desconoce este Tribunal que la problemática de fondo tiene componentes muy complejos, dado que hay ocupantes de la zona marítimo-terrestre con distintas credenciales, e incluso, sin ellas, y que han utilizado distintos artilugios para ocupar el área pública. A causa del vacío de la legislación urbanística esta situación amenaza con seguir agravándose si no hay una solución integral, situación que se refleja en el Décimo Tercer Informe del Estado de la Nación: "En muchos sitios, sobre todo aquellos de atracción turística —Manuel Antonio, Flamingo, Montezuma, Zancudo, Cahuita, Drake, entre otros— la ocupación es caótica y desordenada, tanto en la zona pública como en la zona restringida, en especial por la atención a intereses de grandes y pequeños empresarios turísticos [...]. Asimismo, los planes reguladores costeros, que serían el instrumento fundamental para el ordenamiento del territorio, muestran serias debilidades". Precisamente, ese es el tema que se

intenta abordar con la legislación que se impugna, pues acceder a la pretensión de anular la norma impugnada profundizaría los problemas apuntados arriba, en especial de aquellos pobladores que se encuentran en un estado de vulnerabilidad social, dada su condición de pobreza y que cuentan con medios de subsistencia muy precarios, los cuales viven en una permanente zozobra de que en cualquier momento pueden ser desalojados de sus viviendas. Por el contrario, los pobladores ahora tienen un instrumento para presionar a sus autoridades municipales para regularizar aquellas situaciones de su interés. Es importante señalar que, a falta de acciones concretas en esa dirección, los ocupantes que se encuentren en forma irregular, seguirán en esa condición, y se les aplica el principio de la intangibilidad del área pública de la zona marítimo-terrestre. La situación beneficiosa para las comunidades solo podría derivarse de la regularización del régimen de ocupación, que se obtiene si media la Declaratoria de la Zona Urbana Litoral, seguida de la posterior aprobación de los respectivos planes reguladores. El punto medular de la presente acción de inconstitucionalidad radica en el cambio de régimen jurídico de lo que tradicionalmente la Ley 6043 denominaba como área pública de la zona marítimo-terrestre, hacia un régimen de excepción, que establece la Ley No. 9221, donde el legislador reconoce a este bien demanial un cometido social, que permite reconocer jurídicamente el estatus a ciertos asentamientos históricamente establecidos en los litorales; véase que no se trata de situaciones individuales de habitantes, sino que hay un sentido de colectividad en la legislación. Además, el artículo 5 de la Ley No. 9221 establece las bases, no automáticas para la consolidación, de esa condición de asentamiento, sino que se requiere que antes haya habido un plan regulador costero, dentro del cual pueda insertarse la zona urbana litoral que, como instrumento de ordenamiento territorial, reparte el uso de suelo por zonas, sean residenciales, comerciales, industriales, etc. Es decir, donde hay plan regulador costero puede haber una zona urbana litoral, pero no donde no hay tal instrumento de ordenamiento territorial. Además, con el plan regulador costero de previo debe de obtenerse una viabilidad

> ambiental, por lo que la zona urbana litoral debe insertarse como un mecanismo de defensa del ambiente, lo que despliega todos los efectos de protección. Finalmente, la regularización que persigue la Ley contribuye a la economía del cantón, pues, como bien se sostiene en el Informe del Estado de la Nación del 2015, los estudios apuntan a que los planes reguladores se constituyen en una oportunidad, al ser instrumento generador de desarrollo, competitividad y sostenibilidad en el uso del suelo. Si bien puede interpretarse que su inversión inicial es cuantiosa, a largo plazo puede traducirse en el bienestar de las comunidades, a través de la planificación y dirección de las políticas municipales en agua potable, tratamiento de aguas residuales, desechos sólidos, tanto zonas comerciales como industriales, lo que, sin duda, puede generar futuros ingresos producto del desarrollo. Es una ocasión y coyuntura para desarrollar instrumentos importantes para el progreso de las comunidades —muchas de ellas sumidas en pobreza.

En cuanto a la relativización por excepción del principio de intangibilidad de la zona pública de la zona marítimo terrestre, fundamentado en razones de vulnerabilidad social y económica que sufren las poblaciones costeras, el citado voto expone:

> Por ello, este Tribunal Constitucional reconoce que los efectos de la interpretación de esta Sala sobre el área pública de sostener su intangibilidad en forma general —sin excepciones— crearía una norma pétrea frente a las necesidades reales de la población costera de nuestro país, y condena a la inmovilidad del derecho, lo que tiene serias consecuencias en la vida de muchos ciudadanos, especialmente aquellos de origen más humilde, que viven en pobreza y de las actividades relacionados con el mar. En el caso emanan temas de justicia social que pueden responderse desde la cúspide del ordenamiento jurídico, que deben ponderarse, como también se produce una necesidad de que este Tribunal bajo una mejor ponderación, aun teniendo en cuenta la copiosa jurisprudencia, tome en consideración el resguardo de determinados derechos, especialmente los sociales, si del examen se puede concluir un beneficio para las poblaciones, particularmente a aquellas en desventaja y vulnerabilidad.

Por su parte, respecto al derecho a la vivienda digna y su relación con otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, el tribunal constitucional dispuso:

> La ausencia de muchos de los servicios básicos para la población sería en sí mismo una negación a la vivienda digna y al disfrute efectivo de derechos fundamentales (salud, educación, agua potable, etcétera). Es lógico que donde hay poblaciones urbanas importantes se produce una demanda de servicios públicos básicos, como serían los servicios de primera necesidad en salud, con los EBAIS, de educación con las escuelas y colegios (centros de educación), de seguridad ciudadana con las delegaciones policiales, de acceso a los servicios bancarios de la banca nacional, e incluso, no puede dejarse de lado la presencia del comercio, que también brinda otras respuestas a las necesidades de la población. La Sala entiende que de esta forma se satisfacen derechos fundamentales, asociados al derecho a una vivienda digna, por lo que de conformidad con esta sentencia serían beneficiadas de la legislación que nos ocupa, en el tanto se ajusten en el futuro a los lineamientos de los planes reguladores y a la zona urbana litoral, pues efectivamente el Derecho urbanístico es el que gestionará una ordenación al territorio a través de la planificación. Así, trazará los lineamientos jurídicos y técnicos que darán respuesta a las necesidades de la población, así como su zona de ubicación, cuando fuere procedente. En pocas palabras, no tiene sentido el otorgar concesiones en la zona pública para garantizar el derecho a una vivienda digna, si quienes viven en ese lugar no pueden acceder a los servicios básicos que conlleva la existencia de un determinado e importante asentamiento humano, incluyendo el comercio que históricamente estuviera ubicado en el lugar.

El fallo reconoce que, en ciertos casos calificados, el derecho ambiental, por sí solo, no es suficiente para dar solución integral a ciertos problemas de índole socioambiental, descartando con ello lo que denominó “tesis absolutistas”.

Al respecto, es posible citar el informe país del Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de

un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, el cual le señaló al estado costarricense que la conservación ambiental no debería imponer un costo indebido a las comunidades que tienen profundas raíces históricas en las zonas de importancia ambiental, ya que el derecho a un ambiente sano no tiene por qué estar en conflicto con otros derechos fundamentales (UN Doc. A/HRC/25/53, 2013).

A través del citado voto, la Sala Constitucional tutela los derechos de poblaciones costeras en estado de vulnerabilidad social, dada su condición de pobreza, reconociendo a la vez, su derecho al acceso a servicios públicos básicos derivado del derecho vivienda digna.

Al efecto, consideró suficientes los requisitos previos de un plan regulador aprobado con variable ambiental, certificación de patrimonio natural del Estado y evaluación ambiental estratégica, como salvaguardas para garantizar la sostenibilidad ambiental de la zona pública de la zona marítimo terrestre susceptible de ser concesionada.

De esta forma, la Sala Constitucional aplicando el enfoque integral de derechos humanos, otorgó el visto bueno constitucional al régimen jurídico especial y excepcional creado por la norma cuestionada, que a su criterio: protege al ambiente, garantiza a la población el acceso irrestricto a la zona pública y permite a los pobladores en situación de vulnerabilidad el disfrute de sus derechos fundamentales, sin generar derecho subjetivo alguno.

Derecho al agua potable y protección del recurso hídrico

Ante la ausencia de norma constitucional o legal que otorgue al acceso al agua potable rango de derecho fundamental, ha sido la Sala Constitucional la encargada de llenar tal vacío a través de su jurisprudencia. Al efecto, en el voto 4654-2003 del 27 de mayo de 2003, dispuso:

> V.- La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos

aplicables en Costa Rica: así, figura explícitamente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24); además, se enuncia en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo (principio 2), y se declara en otros numerosos del Derecho Internacional Humanitario. En nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el país se encuentra particularmente obligado en esta materia por lo dispuesto en el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Protocolo de San Salvador* de 1988), el cual dispone que:

Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

Además, recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de la ONU reiteró que disponer de agua es un derecho humano que, además de ser imprescindible para llevar una vida saludable, es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos.

VI.- Del anterior marco normativo se deriva una serie de derechos fundamentales ligados a la obligación del Estado de brindar los servicios públicos básicos, que implican, por una parte, que no puede privarse ilegítimamente de ellos a las personas, pero que, como en el caso del agua potable, no puede sostenerse la titularidad de un derecho exigible por cualquier individuo para que el Estado le suministre el servicio público de agua potable, en forma inmediata y dondequiera que sea, sino que, en la forma prevista en el mismo Protocolo de San Salvador, esta clase de derechos obligan a los Estados a adoptar medidas, conforme lo dispone el artículo primero del mismo Protocolo:

Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de

> los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.
>
> De esto tampoco puede interpretarse que ese derecho fundamental a los servicios públicos no tenga exigibilidad concreta; por el contrario, cuando razonablemente el Estado deba brindarlos, los titulares del derecho pueden exigirlo y no pueden las administraciones públicas o, en su caso, los particulares que los presten en su lugar, escudarse en presuntas carencias de recursos, que ha sido la secular excusa pública para justificar el incumplimiento de sus cometidos.

En la emblemática sentencia y *leading case* 1923-2004 del 25 de febrero de 2004, la Sala Constitucional costarricense refiriéndose a la tutela de las aguas subterráneas dispuso:

> El tema de las aguas subterráneas se encuentra íntimamente ligado a varios derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional e instrumentos internacionales de derecho humanos. Nuestra Constitución Política, en su artículo 50, enuncia el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual se logra, entre otros factores, a través de la protección y conservación del agua para consumo y uso humano y para mantener el equilibrio ecológico en los hábitats de la flora y la fauna y, en general, de la biosfera como patrimonio común de la humanidad. Del mismo modo, el acceso al agua potable asegura los derechos a la vida —"sin agua no hay vida posible" afirma la Carta del Agua aprobada por el Consejo de Europa en Estrasburgo el 6 de mayo de 1968—, a la salud de las personas —indispensable para alimento, bebida e higiene— (artículo 21 de la Constitución Política) y, desde luego, está asociada al desarrollo y crecimiento socio-económico de los pueblos para asegurarle a cada individuo un bienestar y una calidad de vida dignos (artículo 33 de la Constitución Política y 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La escasez, la falta de acceso o disponibilidad y la contaminación de ese líquido preciado provocan el empobrecimiento de los pueblos y limita el desarrollo social en grandes proporciones. Consecuen-

> temente la protección y explotación de los reservorios de aguas subterráneas es una obligación estratégica para preservar la vida y la salud de los seres humanos y, desde luego, para el adecuado desarrollo de cualquier pueblo. [...] En otro orden de ideas, actualmente, se ha reconocido el deber de preservar, para las generaciones futuras, unas condiciones de existencia al menos iguales a las heredadas (desarrollo sostenible), por lo que las necesidades del presente deben ser satisfechas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para hacerlo con los propios (Principio 2 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972). En esencia, el agua, desde un punto de vista económico y ecológico, es un bien preciado, puesto que es indispensable para cualquier actividad humana (industrial, agrícola, doméstica, comercial, servicios, etc.), como fuente de energía, materia prima, vía de transporte, soporte de actividades recreativas y elemento constitutivo para el mantenimiento de los ecosistemas naturales.

Como puede observarse, el reconocimiento por parte de la jurisprudencia constitucional del derecho al agua potable como derecho autónomo, así como su vínculo con otros derechos humanos tales como el derecho a la vida, salud, alimentación y especialmente con el derecho a ambiente sano y equilibrado, es de larga data y ha sido constante y progresivo, especialmente a través de los artículos 50 y 21 constitucionales.

En el voto 2017-9565 del 23 de junio de 2017, el tribunal constitucional logró ponderar entre el derecho a la protección del recurso hídrico y la propiedad privada, a través de la ecologización de la figura de los certificados de uso suelo emitidos por los entes municipales.

Para la Sala Constitucional, los certificados de uso de suelo son actos administrativos favorables cubiertos por el principio de intangibilidad de los actos propios, previsto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, salvo por razones ambientales sobrevinientes. Al efecto dispuso:

> I. Sobre los certificados de uso de suelo. En cuanto a este aspecto, este Tribunal ha definido que los certificados de uso de suelo son un acto administrativo que nace del ejercicio

> de la potestad normativa del ente corporativo, que afecta directamente la esfera jurídica del administrado —favorable y desfavorablemente a la vez—; y que genera efectos jurídicos independientes. Ello por cuanto su contenido beneficia al administrado y a la vez le establece limitaciones, es decir, le otorga el derecho a destinar el bien conforme al uso de suelo establecido en la reglamentación una vez obtenidos los respectivos permisos y a la vez limita el ejercicio de los atributos del derecho propiedad, en aplicación de las regulaciones urbanísticas y el régimen ambiental vigente. Al ser actos favorables, se encuentran cubiertos por el principio de intangibilidad de los actos propios, por lo que su anulación o revisión implica la observación de los requisitos formales y sustanciales establecidos al efecto en el ordinal 173 de la Ley General de la Administración Pública (véanse, entre otros los Votos 2016-015501, 2006-005832, 2010-12815, y 2010-4161).

No obstante lo anterior, cuando hay un hecho sobreviniente donde técnicamente se demuestre que pueda existir una afectación al recurso hídrico, en este supuesto deberá dársele primacía a la protección a este recurso y, por consiguiente, la autorización de uso de suelo deberá ajustarse a ese hecho, sin necesidad de que la administración deba recurrir a lo dispuesto en el numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública.

Si bien inicialmente se otorgaron permisos de uso de suelo para vivienda unifamiliar en las propiedades del amparado, una vez que se tuvo noticia de la posible existencia de una naciente en esa zona se dictó la Resolución de Ubicación de Zonas de Protección Nº 595, de las 12:10 horas del 13 de diciembre de 2016, decretando el radio de protección de la naciente. Es decir, la municipalidad, haciendo uso de sus potestades de imperio, aplicó el principio precautorio y priorizó la protección al ambiente; lo cual, si bien afecta claramente las propiedades del amparado, resulta procedente, tal y como se indicó en el considerando VI.

Así las cosas, y dado que lo que interesa en materia ambiental es que el Estado realmente asuma una política de protección y garantía efectiva del ejercicio de aquéllos derechos, tanto en un nivel meramente legal como en el nivel técnico operacional, lo

procedente es desestimar el recurso en cuanto a este extremo; y si el recurrente mantiene alguna inconformidad con lo dispuesto, deberá demostrar el daño acusado en la vía administrativa o en la jurisdicción común, por ser la verificación del cumplimiento de parámetros técnicos materia de legalidad ordinaria.

Por otra parte, en el año 2016, la Sala Constitucional tuvo la oportunidad de dirimir un conflicto donde se encontraban en fricción el derecho humano al agua potable y el derecho a un ambiente sano y equilibrado.

Se trató del voto 2016-6417 del 13 de mayo del 2016, a través del cual la Sala Constitucional, tomando en consideración el criterio técnico-científico tanto de la Dirección de Investigación y Gestión Hídrica del Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (SENARA), como de la Unidad Cantonal RCH Santa Cruz del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, respecto a los niveles de sobreexplotación y vulnerabilidad por intrusión salina del manto acuífero de Playa Potrero, realizó una debida ponderación entre ambos derechos humanos, avalando la denegatoria de suministro del servicio de agua potable por parte de la Asociación Administradora de Sistema de Acueductos y Alcantarillados Comunales (ASADA) de Playa Potrero en Guanacaste a favor de un proyecto residencial, debido a que brindar tal servicio eventualmente podría afectar el acuífero y además volver inviable la toma de agua de esa fuente, incluso para los actuales usuarios.

El voto 2016-6417 reitera la posición que ha venido tomando la Sala Constitucional de que a pesar de tratarse de un derecho humano, la Administración (en este caso una ASADA) no está obligada a prestar el servicio de agua potable cuando razones técnicas lo desaconsejan o imposibilitan (ver votos 2009-3825 y 2016-1777), salvaguardando el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado a través de la protección del acuífero y a la vez, el derecho al agua potable de los usuarios actuales del servicio que brinda la ASADA.

Aquí es importante considerar que a partir de la reforma de 1996 al artículo 46 de la Constitución Política, se reconoce el derecho fundamental de los consumidores y usuarios a la protección del ambiente. Esta reforma llegó a reforzar y complementar la modificación operada dos años antes al artículo 50 constitucional, a

través de la cual quedó consagrado el derecho de toda persona a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Nótese que, además, el suministro de agua potable que proveen las ASADAS a sus usuarios es un servicio público, y como tal, debe cumplir con los requisitos de calidad, continuidad, regularidad, celeridad, eficacia y eficiencia.

Se trata entonces de un primer precedente jurisprudencial de aplicación conjunta y sinérgica de los derechos constitucionales consagrados en los artículos 50 y 46, a través de la protección, tanto del interés difuso a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como de los derechos individuales homogéneos pertenecientes a los actuales usuarios del servicio de agua potable.

Vale la pena destacar que el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su numeral 11.1, reconoce vínculo inescindible que existe entre los derechos a vivir en un ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

Por último, en el voto 2019-17397 del 11 de setiembre de 2019, que declaró parcialmente con lugar una acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 18 de la Ley Forestal que autorizó el aprovechamiento excepcional de agua potable para consumo humano en terrenos del Patrimonio Natural del Estado, con relación al supuesto conflicto entre el derecho humano al ambiente sano y equilibrado y el derecho humano al agua potable, la Sala Constitucional aplicó el enfoque basado en derechos en el ámbito ambiental y de ecologización de los derechos humanos, al disponer:

> Recordemos que esta Sala ha mencionado que los Tribunales Constitucionales no deben actuar aislados de su realidad histórica, política y sociocultural y más aún, que están obligados a valorar el derecho de la Constitución como una unidad sistémica de valores, principios y normas, que, en consecuencia, deben ser interpretados y aplicados no aisladamente, sino con criterio sistemático, en armonía unos con otros, los cuales resultan así, indivisibles e interdependientes (véase sentencia número 2012-016074 de las 16:00 horas del 21 de noviembre de 2012). De esta forma, ambos derechos fundamentales (derecho al agua y derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado) deberán de

> interpretarse de forma armónica. Por eso, en la ley cuestionada se establece la posibilidad de aprovechar el agua de los terrenos del patrimonio natural del Estado siempre y cuando se cumpla con una serie de requisitos tendientes a respetar el ambiente. Así, el objetivo de la ley es garantizar un uso racional de los recursos y para evitar la afectación de los recursos existentes en el patrimonio natural del Estado. Así, como ya se indicó en los considerandos anteriores, el artículo 50 constitucional reconoce de forma expresa el derecho de todos los habitantes del país a disfrutar de un medio ambiente saludable y en perfecto equilibrio. Ese derecho es garantía fundamental para la protección de la vida y la salud pública. En apoyo de lo anterior este Tribunal ha recurrido a la utilización de la noción de "calidad ambiental" como un parámetro, precisamente, de la calidad de vida de las personas, que se conjuga con otros elementos tales como la salud, la alimentación, el trabajo y la vivienda, haciendo referencia a que toda persona tiene derecho a hacer uso del ambiente para su propio desarrollo pero no de manera ilimitada, ya que, también, existe un deber de protección y preservación del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras —principio de desarrollo sostenible (véase la sentencia número 2019-0011273 de las 09:30 horas del 21 de junio de 2019).

Derecho a la alimentación y a la seguridad alimentaria

En los votos 2013-10540 del 01 de julio de 2014 y 2019-4046 del 08 de marzo de 2019, la Sala Constitucional aplicó de forma sinérgica los derechos humanos a la alimentación y a la seguridad alimentaria y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

La sentencia constitucional 2013-10540, por medio de la cual se declaró la inconstitucionalidad de la técnica de pesca de arrastre de camarón, sopesó los derechos a la vida, salud, ambiente sano y equilibrado y a la seguridad alimentaria, al efecto dispuso:

> El INCOPESCA estima que la interpretación del artículo 21 constitucional a la luz del caso concreto es distinta a la que hacen los accionantes, toda vez que las embarcaciones de camarón traen alimento a la mesa de los costarricenses y por medio de la alimentación contribuyen a la vida humana.

Sin embargo, la Sala entiende que no basta traer alimento a la mesa y contribuir con la alimentación de la población para que una actividad sea conforme al derecho a la vida, la salud y el ambiente; además, se requiere que la actividad sea en sí misma respetuosa de la vida y contribuya a la subsistencia, alimentación y salud de la población tanto en el presente como en el futuro, de lo contrario la actividad en cuestión compromete la seguridad alimentaria de las nuevas generaciones.

En ese sentido, la pesca de camarón con redes de arrastre deviene violatoria de los derechos a la vida y la salud consagrados en el ordinal 21 constitucional, toda vez que la evidencia científica, aportada por los organismos internacionales encargados de la materia y los órganos de investigación universitarios, demuestra que esa técnica no selectiva compromete los ecosistemas marinos, la sostenibilidad del recurso marino y atenta directamente contra la seguridad alimentaria de la población y su supervivencia futura, razón por la que debe ser declarada inconstitucional mientras no se cuenta con dispositivos para la disminución de la captura incidental (*Bycatch Reduction Devices*) que significativamente disminuyan la captura incidental (no todos tienen la misma efectividad y no basta con los que salvan a las tortugas).

En el marco del ordinal 50 de la Constitución Política destaca la relación entre el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y el desarrollo sostenible. Conforme lo dispone el principio 8 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, es deber de los Estados para alcanzar ese nivel de desarrollo y calidad de vida "…reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles…" De ahí que la pesca de camarón con redes de arrastre sea contraria al principio de desarrollo sostenible, toda vez que el deterioro del ecosistema marino que causa resulta superior a su regeneración, lo que pone en grave riesgo la seguridad alimentaria de las generaciones futuras. Queda demostrado en el expediente que este arte de pesca no selectivo captura indiscriminadamente enormes cantidades de especies que no son objeto de la pesca que luego son desechadas y devueltas al mar. En el caso

de Costa Rica, la mayoría de esas especies son sexualmente inmaduras, impidiendo la reproducción de las especies marinas. Del informe del INCOPESCA se deduce que esta técnica, mientras que no cuente con dispositivos "eficientes" para la disminución de la captura incidental (*Bycatch Reduction Devices*) que significativamente disminuyan la captura incidental (no todos tienen la misma efectividad y no basta con los que salvan a las tortugas), es incompatible con el desarrollo sostenible de los recursos marinos. Estudios realizados por esa dependencia en conjunto con la Universidad Nacional concluyen en la necesidad de reducir las embarcaciones con redes de arrastre para permitir la recuperación gradual de las especies en el Golfo de Nicoya hasta alcanzar la sostenibilidad. En igual sentido, informan acerca de cómo han venido estableciendo zonas o áreas excluidas de este tipo de pesca para permitir su recuperación. El mismo informe expresa claramente que la captura de la llamada fauna de acompañamiento se debe a que el arte de pesca no es selectivo. Informa el INCOPESCA que la FAO ha apoyado a pescadores de camarón de redes de arrastre, pescadores artesanales locales y a organizaciones de pescadores de diversos países para introducir diferentes tecnologías selectivas para reducir la pesca de descarte, expresa en el informe que la FAO está impulsando proyectos y nuevas regulaciones tendientes a "reducir de la pesca de descarte…sin menos peces jóvenes y especies no deseadas son capturados sin intención, pueden dejarse madurar para el beneficio del pescador, su sustento y para millones de personas en países en desarrollo…" (Proyecto de "reducción de los impactos ambientales de la pesca de arrastre del camarón tropical a través de la introducción de tecnologías para la reducción de pesca de descarte y cambio de manejo" 2012). El INCOPESCA también acepta que la pesca de arrastre genera captura de especies juveniles. Por consiguiente, se observa que organismos internacionales, universidades e investigadores privados concuerdan con que el arte de pesca por arrastre constituye una técnica no selectiva que ocasiona grave daño al ecosistema marino, la sostenibilidad de los recursos marinos y, con ello, a la seguridad alimentaria y economía de subsistencia de los habitantes de las costas que pescan artesanalmente.

Por su parte, en el voto de amparo número 2019-4046, el Tribunal Constitucional ordenó al Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura (INCOPESCA) incorporar criterios técnico-científicos actualizados, económicos y sociales en la fundamentación de las declaratorias de veda en el golfo de Nicoya, ratificando el derecho a la alimentación y a la seguridad alimentaria como un derecho fundamental; protegiendo a las familias de los pescadores de la zona que respetan la normativa y cumplen con los requisitos para operar, y a la vez, el derecho a un ambiente sano y equilibrado.

En relación con el derecho humano a la alimentación y a la seguridad alimentaria, el voto 2019-4046 dispone:

> Como conclusión de lo anterior, podemos afirmar que el derecho a la alimentación y a la seguridad alimentaria son derechos fundamentales que el Estado debe garantizar asumiendo políticas que los refuercen, adoptando los principios de universalidad e igualdad para lograr la satisfacción de este derecho elemental para la vida. Lo anterior es conforme a la jurisprudencia de este Tribunal que estableció la obligación de respetar el principio de seguridad alimentaria en la sentencia número 2013-010540.

Sobre la falta de un debido control de vigilancia en el golfo de Nicoya de las vedas anuales decretadas por INCOPESCA, y su afectación sobre el derecho al ambiente y la seguridad alimentaria de las generaciones futuras, la Sala dispuso:

> Igualmente, y según lo señalado en considerando anterior, es menester recordar que esta Sala ha mencionado que el deterioro del ecosistema marino que causa la pesca ilegal pone en grave riesgo la seguridad alimentaria de las generaciones futuras (véase sentencia número 2013-010540). Así, ante una vigilancia limitada de los recursos humanos en el periodo de veda que impide lograr un estricto control de la pesca ilegal no solamente se violenta el derecho al ambiente sino también la seguridad alimentaria de las generaciones futuras. Lo anterior, ya que como indicó este Tribunal en la última sentencia mencionada, la Sala entiende que no basta traer alimento a la mesa y contribuir con la alimentación de la población para que una actividad sea conforme al derecho a la vida, la salud y el ambiente; además, se requiere que la actividad

> sea en sí misma respetuosa de la vida y contribuya a la subsistencia, alimentación y salud de la población tanto en el presente como en el futuro, de lo contrario la actividad en cuestión compromete la seguridad alimentaria. En una misma línea, recordemos que en el considerando anterior se hizo énfasis en el derecho a la alimentación y a la seguridad alimentaria como derechos fundamentales, los cuales deben ser tutelados por el Estado.

Respecto a la relación entre el derecho a la alimentación con grupos vulnerables y la falta de criterios técnicos y científicos actualizados para establecer las vedas anuales en el golfo de Nicoya, y su consecuente afectación al derecho a la alimentación y al ambiente, la Sala externó:

> De esta manera, de lo descrito hasta el momento y tomando en cuenta lo señalado en el considerando IV, se puede concluir que el derecho humano a la alimentación se asocia a la lucha contra la pobreza y a la atención de población en condición de riesgo social. Por ende, es relevante no ignorar la relación existente entre el derecho a la alimentación con la pobreza y los grupos vulnerables y la necesidad de que cuenten con acceso universal a una alimentación adecuada. Es por esa situación, que no consta con criterios científicos y técnicos actualizados, así como ignorar la importancia de los criterios económicos y sociales para imponer la veda, que además la normativa vigente menciona que deben de fundamentar dicha regulación, atenta contra la seguridad alimentaria de la población de pescadores, así como de la sociedad en general, configurándose una violación a sus derechos fundamentales.
>
> En síntesis, al omitirse los criterios económicos y sociales a la hora de imponer la veda, no se fundamenta el tema de que la actividad de pesca sea respetuosa del ambiente y contribuya a la subsistencia, alimentación y salud de la población tanto en el presente como en el futuro.

En esa misma línea jurisprudencial de protección y atención a poblaciones en estado de vulnerabilidad, en el voto 2018-4573 que anuló el Acuerdo de la Junta Directiva de INCOPESCA para reactivar la pesca de arrastre de camarón a través de la creación de

un nuevo tipo de licencia, el tribunal constitucional ordenó al presidente ejecutivo y a la junta directiva del INCOPESCA tomar las medidas necesarias y oportunas para que se les brinde asistencia socioeconómica a todas las personas en condiciones de vulnerabilidad, que dependan de la pesca de arrastre, mientras no se emita la ley que autorice la pesca de arrastre referida en la sentencia 2013-10540.

Para tales efectos, INCOPESCA deberá elaborar, en el plazo de seis meses, un plan de asistencia socioeconómica sobre este particular, sin poder autorizar, en ausencia de ley, nuevas modalidades de pesca de arrastre de camarón. Además, deberá coordinar, de manera inmediata, con todas las instancias del gobierno e instituciones descentralizadas competentes ese plan de asistencia socioeconómica.

Consideraciones finales

El desarrollo evolutivo de los derechos ambientales dentro del derecho internacional de los derechos humanos ha sido vertiginoso en los últimos años, tanto a nivel de instrumentos como de mecanismos internacionales, regionales y locales de derechos humanos. Muestra de ello son la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información Ambiental, la participación pública y el acceso a la justicia en América Latina y el Caribe; los informes del relator especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible; así como la histórica Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/76/300 del 28 de julio de 2022 titulada "El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible" que culminó el proceso hacia su reconocimiento global.

Bibliografía

Bedón Garzón, René (2016). Contenido y aplicación de los derechos de la naturaleza. *Ius Humani, Revista de Derecho*, 5.

Cabrera Medaglia, Jorge (2017). Los derechos de la naturaleza. Artículo de opinión, publicado en el periódico *La Nación,* el 06 de setiembre.

Cavedon-Capedeville, Fernanda (2018). Jurisprudência Ecologizada nas Cortes de Direitos Humanos: Contribuições para a Ecologizaçao dos Direitos Humanos. En: J.R. Morato Leite (coordinador), *A Ecologizaçao do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias*. Lumen Juris.

Castillo Cubillo, Clarissa (2016). El derecho a un ambiente sano en el sistema internacional de derechos humanos y su relación con el cambio climático. En Mario Peña Chacón (editor), *El derecho al ambiente en la Constitución Política, alcances y límites*. Isolma, San José.

Centro Internacional de Derecho Comparado del Ambiente (CIDCE) (2017). Proyecto de Pacto Internacional de relativo al derecho de los seres humanos al ambiente.

Centro Internacional de Derecho Comparado del Ambiente (CIDCE) (2017). Opinión sobre la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Consejo Constitucional de Francia y Club de Juristas de Francia (2017). Proyecto de Pacto Global por el Medio Ambiente.

Ojeda-Mestre, R. (2019). El sistema de control internacional de la implementación del Acuerdo de Escazú. elDial.com - DC284A.

Orellana, Marcos (2014). Democracia ambiental y desarrollo sostenible: Hacia un Instrumento Regional sobre Derechos de Acceso. Informe Ambiental Anual, 2014. FARN. Argentina. Disponible en: https://accessinitiative.org/sites/default/files/orellana_iaf2014.pdf

Orellana, Marcos (2018). Obligaciones extraterritoriales de derechos humanos y derecho a un medio ambiente sano. *Diario Jurídico La Ley*. Disponible en: https://farn.org.ar/wpcontent/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental_2018-11_

Peña Chacón, Mario (2017). El ABC del principio de progresividad del derecho ambiental. *Lex Difusión y Análisis*, Cuarta Época, XXXI.

Peña Chacón, Mario (2008). Tesis de Derecho Ambiental, Editorial Jurídica Continental, San José.

Prieur, Michel (2014). *Droit de l´environnement, droit durable, Bruylant*. París.

Prieur, Michel; Bétaille, Julien; Delzangles, Hubert; Makowiak, Jessica y Steichen, Pascale (2016). *Droit de l´environnement, Dalloz*. 7 ed. París.

Prieur, M.; Sozzo, G. y Napoli A. (2021). Acuerdo de Escazú: Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe. Ediciones UNL.

Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) (2017). Declaración Mundial de UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental.

Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) (2016). Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca el Estado de Derecho en materia ambiental. Recuperado de: https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_uicn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf. Consultada el 21 de marzo de 2019.

Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) (2016). El enfoque basado en los derechos de la UICN: Sistematización de instrumentos de política, estándares y directrices. Recuperado de: https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/uicn_sistematizacion_de_rba_compilado_s_0.pdf. Consultado el 21 de marzo de 2019.

Desarrollo frente a pasivos ambientales: Corresponsabilidad del estado

Violeta Mendezcarlo Silva

Introducción

El abordaje clásico de la problemática mundial por parte de la comunidad internacional hacia los problemas ambientales enfrentó, durante muchas décadas, la idea del progreso frente a la conservación. Posteriormente, con el perfeccionamiento de nuevos paradigmas y la consolidación de las diferentes generaciones de derechos humanos, podemos participar de otro planteamiento en que el verdadero crecimiento es desarrollo, e incluye a la sustentabilidad ambiental, social y cultural como medios fundamentales para entender el futuro de la humanidad; sin embargo, esta nueva visión no siempre se manifiesta en el ámbito concreto de la realidad social, y este conflicto jurídico aún no se encuentra claramente resuelto cuando se trata de asignar adecuadamente las responsabilidades de los titulares de estos derechos de tercera generación.

Por tanto, se propone revisar las diferentes dimensiones del derecho humano a un medioambiente sano y el derecho al desarrollo, resaltando sus coincidencias para establecer si efectivamente puede plantearse una colisión de estos derechos. Asimismo,

se analiza la corresponsabilidad del estado en el caso de daños ambientales causados por proyectos de desarrollo, los cuales pueden llegar a coartar el proyecto de vida de individuos y poblaciones.

La complejidad del derecho humano a un medioambiente sano

Cada vez existe mayor evidencia de la amplitud de los daños que genera la economía basada en el crecimiento industrial, especialmente en los países en vías de desarrollo. Este modelo de crecimiento que se ha asentado en las últimas décadas se caracteriza por la generación de externalidades —efectos negativos sociales, ambientales, laborales, etcétera—, que principalmente inciden sobre la población de mayor vulnerabilidad.

Es también un tema documentado que el reconocimiento internacional de la problemática ambiental ha llevado a los diferentes países a decidir su postura frente a la evidencia científica de las consecuencias que el modelo de desarrollo basado en la industria ocasiona. Podemos hallar así posturas de compromiso y cumplimiento progresivo —principalmente por parte de los Estados europeos—; posturas negacionistas que justifican modelos de crecimiento proteccionistas o modelos políticos conservadores, como en el caso de Japón, China, Rusia y actualmente de Estados Unidos (Carafa y Bacaria, 2017); finalmente, posturas que ante la presión internacional y la debilidad de sus estructuras han omitido armonizar la legislación en función a dichos acuerdos, o bien en detrimento de sus obligaciones han creado reglamentación laxa que permite a las empresas desempeñar actividades contaminadoras en su territorio, de forma tal que hoy se puede hablar incluso de *paraísos ambientales* o países en que las actividades industriales no enfrentan mayores obstáculos jurídicos.

Afortunadamente, la evolución de los derechos humanos hacia la aparición de derechos de tercera generación permitió la protección de aquellos bienes de carácter colectivo o universal en que están inmersos los elementos naturales, incluyendo su disfrute, conservación y utilización en la serie de elementos que integran, de manera ineludible y transversal, la dignidad de las personas. De

esta forma, el derecho humano a un medioambiente sano, inició el tránsito hacia su consolidación, especialmente desde la Cumbre de Estocolmo en 1972 y la multiplicidad de acuerdos y referencias a él que se realizan en la Carta Internacional de Derechos Humanos así como en diversos elementos de la producción jurídica internacional en que se le reconoce un carácter diverso: como núcleo de derechos que consolida a los derechos económicos, sociales y culturales, o bien como un derecho humano de solidaridad o de los pueblos cuando se le perfila desde la atención de problemas de carácter internacional, como es el cambio climático (Sánchez Cohen *et al.*, 2011); se le atribuye también con relación a los sujetos que gozan de éste una dimensión individual y determinada, otra colectiva y otra difusa, lo que ha demandado el establecimiento de un entramado complejo de garantía de este derecho a los Estados que forman parte de los acuerdos que pretenden positivizar su cumplimiento.

Lo que también se reconoce es que, en su carácter de derecho humano, acusa una fuerte interdependencia y se interrelaciona con el derecho humano al agua, saneamiento, vivienda digna, salud, alimentación e incluso a la vida.

> Cuando se rompe este equilibrio no nada más se deja de ejercer este derecho, sino que además se violentan las demás prestaciones [...] de tal manera que todos forma un grupo indiviso, inseparable y único (Vázquez, 2013: 78).

También se le considera como un derecho de mínimos vitales, en tanto que el medioambiente asegura las condiciones mínimas necesarias para mantener la vida y la dignidad por extensión, premisa *sine qua non* que permite el goce de otros derechos, como los enunciados (Maldonado Victoria y Ortega Maldonado, 2015).

A pesar de su importancia, la aprehensión de este derecho en términos objetivados es una de sus principales complejidades, dado que tiene alcance en diferentes elementos y componentes del medio en que se desenvuelve el individuo. Respecto a su *protección espacial*, implica gran esfuerzo regulatorio de ámbitos no tradicionalmente regulados: el amparo al ambiente implica la creación de instrumentos protectores de la flora, fauna, la atmósfera, así como prohibitorios de la contaminación sonora, térmica, lumínica, las vibraciones, entre otros (Carmona Lara, 2017); asimismo, el carácter

transfronterizo de los daños supone un problema más a resolverse de manera efectiva. Para aumentar la complejidad, otra dimensión a regularse por el derecho humano a un medioambiente sano es la *temporal*, debido precisamente a que una de sus premisas fundamentales trasciende la vida de sus actuales titulares, lo que borda el concepto desarrollo sostenible, concebido como:

> El que permite una mejoría de las condiciones de vida presente, sin poner en riesgo los recursos de las generaciones futuras. Es decir, un aprovechamiento adecuado de los recursos que se tienen, satisfaciendo las necesidades de los pobladores, pero sin exprimir al máximo los bienes naturales (Vázquez, 2013: 77).

Lo anterior reafirma la premisa de que su titularidad más bien pertenece a la humanidad y a los individuos que conforman a una colectividad, no por la suma de sus individuos sino por los intereses comunes del grupo.

Aunado a ello, la problemática de temporalidad de la tutela del derecho humano a un medioambiente sano se complejiza debido a que los efectos de las acciones antropogénicas no pueden ser valoradas por sus consecuencias inmediatas, sino que los impactos futuros en muchos casos son desconocidos o incuantificables, lo que dificulta la adopción de políticas adecuadas para asegurar la vigencia de este derecho, así como de la reparación del daño causado cuando no se cuantifica adecuadamente, y la mayor parte de las veces se vuelve simbólica.

Otro aspecto necesario para la consolidación de los derechos difusos, como el derecho humano a un medioambiente sano, es la responsabilidad, que si bien recae inicialmente en el estado por las directrices de su cumplimiento —etiquetadas bajo los conceptos de obligaciones generales y deberes específicos—, se ha dicho ya que no puede adjudicarse directamente al estado, considerando que las estructuras construidas al seno de la globalización implican un debilitamiento del propio estado y la aparición de otros actores como determinantes de las relaciones de poder que se positivizan a través del derecho, como expresión garante de los derechos humanos en el ámbito interno de las naciones. Así, la sociedad civil y las unidades económicas ejercen liderazgos de variada índole en

las decisiones de los estados, especialmente los más vulnerables económica y políticamente hablando, de tal manera que existe un desplazamiento importante en la construcción del derecho hacia agentes globales e inercias regionalistas que llegan a condicionar el goce de los derechos humanos. De ello se sigue que existan diferentes tendencias y documentos que subrayen la importancia de la corresponsabilidad de diferentes agentes para la plena realización de los derechos humanos, por ejemplo, la responsabilidad social empresarial; e incluso existan mecanismos que reconozcan la posibilidad de que agentes distintos al estado incurran en violaciones a los derechos humanos, por ejemplo, el amparo contra particulares, cuando tienen el carácter de autoridades.

Los derechos humanos ambientales y el derecho humano al desarrollo

Ahora bien, ¿cuál es la correlación entre el derecho humano a un medioambiente sano y el derecho humano al desarrollo?, ¿cómo se conduce la planeación e implementación del desarrollo sostenible como parte de las políticas del crecimiento nacional?, en el caso de México, el Sistema Nacional de Planeación Democrática está consignado en el artículo 25 constitucional, el cual señala:

> Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

Como puede verse, destacan los aspectos de integralidad y sustentabilidad como componente esencial del desarrollo nacional bajo la dirección del estado, orientada a la equidad y a la dignidad de los individuos, de aquí se derivan los documentos que orientan la es-

trategia de desarrollo: el Plan Nacional de Desarrollo; los programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales que se consideren necesarios para llevar a la práctica, de manera coordinada, la acción del estado hacia los objetivos y metas planteados en el mismo con una finalidad fundamental: el desarrollo nacional.

Llegados a este punto, podemos abordar lo concerniente a otro derecho considerado difuso o de tercera generación: el derecho humano al desarrollo, que se positiviza inicialmente en la planeación nacional democrática. En cuanto a la naturaleza de este derecho encontramos que:

> Los titulares de este derecho son todas las personas, ya sea como sujetos pasivos por el cual pueden disfrutar individual o colegiadamente del desarrollo o como sujetos activos frente al estado o la comunidad internacional en su papel de demandantes de esta protección o como partícipes en el fomento del desarrollo y los estados.
>
> A su vez, en el aspecto pasivo, el estado asume el papel de garante o protector de los derechos, al mismo tiempo que se beneficia de los efectos de desarrollo y como activo al demandar este derecho a otros estados o naciones (Vázquez, 2013: 78).

Fundamentalmente, la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, puntualiza en torno a este derecho lo siguiente (Vázquez Rodríguez, 2013):

a) "Que la persona humana es el sujeto fundamental del desarrollo y debe ser beneficiario de este derecho", por lo que deshecha la posibilidad de que los modelos de desarrollo se centren en los intereses de corporaciones políticas o empresariales, sujetando al estado como rector inicial del modelo que determine la eficacia de su implementación en función del bienestar humano.

b) Que existe una corresponsabilidad individual y colectiva de todos las personas en el desarrollo para "asegurar la libre y plena realización del ser humano, y por consiguiente, deben promover y proteger un orden político, social y económico, apropiado para el desarrollo", premisa fundamental para el

reconocimiento e incorporación de los diversos órdenes jurídicos subnacionales incluidos los pueblos indígenas, a quienes en concatenación con el artículo 2 de la propia Constitución mexicana corresponde el uso y disfrute preferente de las tierras y aguas de los lugares que habitan y ocupen las comunidades, así mismo:

"Art. 2º. [...]

B. La federación, las entidades federativas y los municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

[...]

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen".

c) "Los estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo adecuadas con el finde mejorar constantemente el desarrollo de la población nacional entera", cuyo marco queda cristalizado en la Planeación Nacional del Desarrollo.

De todo lo anterior, queda bien establecida la similitud y la íntima interdependencia del derecho humano al desarrollo y a un medioambiente sano, en tanto que:

1. La titularidad de ambos derechos corresponde a las colectividades.

2. Ambos derechos se ven influidos e influyen en los modelos económicos establecidos tanto a nivel nacional como internacional.
3. Los dos derechos tienen una extensión temporal que involucra a la sustentabilidad para su vigencia.
4. Ambos derechos pretenden en pie de equidad, alcanzar el bienestar de los individuos participes de una comunidad.

Colisión entre derechos humanos ambientales y el derecho al desarrollo

Es de remarcarse que, a pesar de que hoy día se reconoce la influencia de sujetos de índole privado en la vigencia de los derechos humanos, la responsabilidad final recae en el estado como entidad política que dispone de los medios necesarios para asegurar su cumplimiento. Así, las obligaciones generales de promover, respetar, proteger y garantizar los deberes específicos de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos incumben al aparato gubernamental y, en el caso concreto del derecho humano al medioambiente sano y su vinculación con el derecho humano al desarrollo, cuestionan la calidad del paradigma político del crecimiento planteado por los gobiernos.

Lo anterior es así porque, precisamente, puede llegar a plantearse una colisión de derechos al enfrentar las estrategias de garantía en el campo de lo concreto, en muchas ocasiones las estrategias de desarrollo de los estados inciden directamente en el detrimento del derecho humano a un medioambiente sano de la población, especialmente de los más vulnerables, principalmente porque las reglas establecidas por el capitalismo industrial y financiero externalizan (casi como norma general), las internalidades negativas o pasivos ambientales que las actividades económicas causan en ámbitos muy variados: desde problemática social hasta urbana, pasando desde luego por los temas ambientales.

Para abordar un caso concreto, mencionaremos la proliferación de la actividad minera de San Luis Potosí, cuyas consecuencias han sido documentadas ampliamente por la academia de la entidad (Vargas Mergold, 2016; Diaz- Barriga, 1996), entre ellas figuran

afectaciones a la salud —que incluyen desarrollo de procesos carcinogénicos y mutaciones genéticas por la presencia de metales pesados en las cadenas tróficas—, a los ecosistemas, a la flora y la fauna, así como a las actividades económicas y culturales originarias de las zonas circundantes. Sin embargo, el crecimiento de estas actividades es acuciado por el Estado mexicano a través de sus diferentes documentos regulatorios de la actividad económica, como motor del desarrollo nacional, estableciéndose con ello una política de permisividad con relación a estas unidades económicas.

Con estos elementos podemos plantearnos el conflicto entre ambos derechos, el Estado como rector del desarrollo nacional, favorece con sus decisiones a la actividad minera, para fomentar el crecimiento económico cuya titularidad pertenece a todos los mexicanos, mientras que, por otro lado, los pasivos ambientales de estas actividades van en detrimento del derecho humano a un medioambiente sano de una colectividad y, en abierta interdependencia se vulneran sus derechos a la salud, a la vida y a la vivienda, por mencionar algunos.

Ahora bien, si consideramos en sentido estricto el concepto de colisión de derechos, encontraremos que se refiere, según Baquerizo Minuche (2009) a:

> Los derechos fundamentales establecidos en la Constitución colisionan entre sí cuando las circunstancias configuran un caso difícil. El denominador común de los conflictos de derechos fundamentales consiste en que estos derechos, perteneciendo al mismo cuerpo constitucional, y por tanto teniendo la misma jerarquía, temporalidad y especialidad, no pueden ser resueltos mediante los clásicos criterios de solución de antinomias normativas. Lo que significa en palabras sencillas que, ante esta colisión de derechos fundamentales, ni podemos subsumir los hechos de forma absoluta en una disposición constitucional —pues de lo contrario el conflicto sería resuelto en forma mentirosa— ni podemos aventurarnos a definir cuál de los derechos contrastados sería jerárquicamente superior, cronológicamente anterior o gradualmente *especial* frente al otro u otros.

En este planteamiento se prefiere adoptar una postura más alejada de las propuestas conflictivistas, considerando que estamos hablando de dimensiones temporales de derechos que resultan complementarios entre sí, como se explicó en la primera parte del presente documento. Dado que el derecho humano a un medioambiente sano interviene como componente necesario del derecho humano al desarrollo: en un plano espacial, en tanto que el medioambiente es el proveedor del andamiaje que posibilita el bienestar y el insumo que permite la construcción del desarrollo (aún en el caso de que hablemos de la economía basada en el conocimiento o la economía naranja), siempre desde el punto de vista de la perspectiva ética antropocéntrica; y en un plano temporal, en tanto que la lógica intergeneracional del desarrollo sustentable sujeta al derecho humano al desarrollo a reproducir este componente si efectivamente se desea participar de éste último a la totalidad de la población de una comunidad política, desde el plano nacional hasta el internacional. De ahí que el pretendido conflicto de derechos al medioambiente sano y al desarrollo desde el punto de vista de la autora, no debe considerarse como tal, sino más bien como un abordaje a una dimensión espacio-temporal diferente en el planteamiento de un caso concreto, en el que se incurre en la violación a ambos derechos y considerando que la titularidad de ambos es ejercible por una colectividad.

Corresponsabilidad estatal

De esta forma, cuando se autoriza por el Estado mexicano una serie de actividades ambientalmente perjudiciales como la minera; sin hacer efectivas las medidas de prevención necesarias para evitar la generación de pasivos ambientales en favor del referido derecho humano al desarrollo de una colectividad aparentemente mayor, lo que en realidad está ocurriendo es que se autoriza y tolera una actividad que va en detrimento de las cualidades del derecho humano al desarrollo, ya que el ejercicio de esta actividad no incorpora el componente de sustentabilidad, de beneficio general a la comunidad, y favorece intereses netamente individuales, en detrimento de las posibilidades de desarrollo de la población ente-

ra (que por virtud de los mecanismos interacciones tróficas, ciclos abiertos e incluso transfronterizos de los elementos naturales los ecosistemas), la colectividad terminará perjudicada y el daño se extiende más allá de los evidentemente afectados.

Ahora bien, cuando se habló de la responsabilidad y los deberes del Estado con relación al cumplimiento de los derechos humanos, resalta ante este planteamiento que las decisiones tomadas por el Estado de favorecer o tolerar determinadas actividades en aras del desarrollo nacional, deviene con frecuencia en detrimento del derecho humano al medioambiente sano, señaladamente en los miembros de algunas poblaciones, aunque se expande al resto de la comunidad en mayor o menor medida, y la complejidad radica en medir la temporalidad en que se manifestará dicha afectación. Incluso, las mismas afectaciones de una planeación del desarrollo erróneamente implementada, pueden llegar a afectar la posibilidad de realización futura, no sólo de individuos sino de colectividades enteras.

Un concepto de aplicación pertinente para hablar de los alcances de esta responsabilidad por violación a los derechos señalados ha sido recientemente delineado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el denominado daño al proyecto de vida, que implica la tutela de la posibilidad del desarrollo de las personas (Berger y Carrizo 2019):

> Dado que estamos en presencia de quien tiene o así se lo asegura, la autonomía suficiente como para diseñar, dentro del marco de opciones sociales posibles, su propia existencia. [...] Así, el proyecto de vida es el diseño que el sujeto, en función de sus condicionantes externos e internos, establece para su vida propia, familiar, comunitaria. Elemento esencial de ese proyecto resulta, entonces, la no alteración de las condiciones vitales de la persona, dado que son ellas los soportes respecto de los cuales aquél puede realizarse o ejecutarse.

Al revisar este concepto, fácilmente podemos situarnos en casos en los que las decisiones del Estado han permitido la realización de proyectos o actividades económicas que terminan por alterar el medioambiente y el ambiente cultural de individuos y

comunidades enteras, como en el caso emblemático de la comunidad Yanomami *versus* Brasil (CIDH, 2012), donde la penetración masiva de extranjeros y la explotación minera en territorio indígena provocó violaciones a sus derechos humanos, causadas por omisión estatal de brindar adecuada protección a la seguridad y salubridad de las comunidades indígenas, lo que originó la virtual desaparición de la comunidad y la destrucción de su territorio.

De la misma manera, las afectaciones a la salud de las actividades industriales realizadas —legalmente— en una zona específica pueden llegar a causar la afectación ambiental de sus territorios y habitantes, y afectar también la posibilidad futura de la comunidad y desarrollo de los individuos, lo que se traduce en una denegación del derecho humano al desarrollo.

Dado que el Estado ejerce la rectoría económica para el desarrollo, y ante los alcances analizados de este derecho, ¿es el mismo Estado corresponsable de las afectaciones ambientales causadas por las actividades económicas impulsadas por éste?

Ahora bien, dejando en claro que en repetidas veces las actividades económicas autorizadas para favorecer el crecimiento económico redundan en violaciones a un medioambiente sano, alterando el proyecto de vida de individuos y comunidades, es ahí en donde debe valorarse la correcta asignación de las responsabilidades por la violación de estos derechos, imputando al Estado no sólo el incumplimiento por omisión en el del deber de proteger, incluso tolerando actividades que impactan no sólo de manera inmediata sino que afectan la libertad de los individuos y los pueblos para desarrollarse, a sus capacidades futuras de ser:

> Atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (Berger y Carrizo, 2019).

En ese sentido, el daño al proyecto de vida provocado por las actividades económicas permitiría una reparación en el contexto de una justa indemnización para los afectados ambientales, víctimas de violación al derecho humano a un medioambiente sano y derechos conexos, vinculando adecuadamente la dimensión espa-

cial con la temporal del derecho humano al medioambiente sano y el derecho al desarrollo:

> En el caso del proyecto de vida, la indemnización, su cuantificación y forma de satisfacción, no necesariamente se traducirán en dinero para la víctima o afectado, sino en la instrumentación de medidas que restituyan las condiciones mismas de viabilidad del proyecto de vida elegido; un intento de reconstitución de la autonomía y dignidad personal (Berger y Carrizo, 2019).

Esto nos lleva a plantear el alcance de las sentencias en términos más acordes con la finalidad de los derechos humanos valorando oportunidades y expectativas perdidas como consecuencia de esta afectación. En el caso Cantoral Benavides, la CIDH estableció que:

> La mejor forma de reparar el daño al proyecto de vida, en función de las particularidades del caso, consistían en que el estado le proporcione al afectado una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija. Así mismo, el estado debe cubrir los gastos de manutención durante el tiempo en que duren tales estudios en un centro "de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el estado". Como vemos, es una forma de reparación que atiende a la singularidad y dimensión del proyecto de vida elegido por el afectado y no a una determinación dineraria (Berger y Carrizo, 2019).

Por mencionar otros casos de México, está el derrame de contaminantes en el río Sonora, causado por una empresa minera; así como el uso extensivo de fertilizantes y plaguicidas en las zonas agrícolas, entre cuyas afectaciones puede mencionarse el desarrollo de enfermedades entre los pobladores o la presencia de discapacidades neurológicas en los niños; la aplicación del criterio de daño al proyecto de vida, y no sólo una reparación de carácter económico, podría significar una autentica reparación fuera de la visión utilitarista que se aplica en las sentencias que resuelven sobre este derecho.

Finalmente, para redondear el análisis, es preciso hablar de la corresponsabilidad del estado frente a los afectados ambientales,

en correlación directa con la violación al derecho humano al desarrollo. Puesto que es el Estado, en su cumplimiento de garantizar el derecho al desarrollo, el órgano que implementa las decisiones que le lleven a autorizar actividades que causen la vulneración de otros derechos, como el de un medioambiente sano.

En casos extremos, estas autorizaciones se traducen en una afectación o daño directo al proyecto de vida de individuos determinados o colectividades completas; por ello, se hace precisa la armonización de los diferentes mecanismos de tutela de ambos derechos, así como de los alcances de sus sentencias en cumplimiento, más que de disposiciones normativas, de índole positivista, en la atención de principios encaminados al restablecimiento de la dignidad y la protección efectiva y progresiva.

Conclusiones

A manera de conclusión es preciso señalar que el derecho humano a un medioambiente sano y al desarrollo no constituyen un mismo derecho, pero comparten aristas importantes que los vuelven fuertemente interdependientes y que refuerzan su carácter de derechos humanos de tercera generación.

Dado que atienden a derechos disfrutables por el género humano, existe una complejidad espacial y temporal que debe ser considerada por el estado a efectos de dar cabal cumplimiento a las obligaciones generales y deberes específicos que se desprenden de ambos:

- Que el estado mantiene la responsabilidad de su cumplimiento, a pesar de la fuerte influencia de otros ámbitos ajenos al estado que condicionan sus alcances y planteamientos, como son las fuerzas del mercado, especialmente en países en vías de desarrollo como México.
- Que los enfoques de aplicación de ambos derechos dan la apariencia de una colisión de derechos, aunque puede ser resuelta más eficientemente a través de la ponderación, sin perder un análisis de la profundidad suficiente que permita valuar el incumplimiento de los componentes que comparten ambos derechos, como el desarrollo sustentable, lo que

significaría la violación de los derechos de los titulares de los derechos en colisión.

- Que los afectados ambientales son también víctimas de violación a su derecho humano al desarrollo, en tanto que, al alterarse los componentes de su entorno o de su persona, sufrirán un detrimento de sus posibilidades de ser, en mayor o menor medida, lo que debe constituir un tema de análisis obligado para los juzgadores en estos temas.
- Que el estado puede resultar corresponsable de la violación del derecho humano al medioambiente sano al promover el desarrollo desde perspectivas erróneas, por lo que debe reconocerse en la legislación esta figura de corresponsabilidad frente a los afectados ambientales, lo que implicaría asumir las responsabilidades que se imponen a partir de figuras como la reparación dentro del género de la justa indemnización.

Referencias

Baquerizo Minuche, J. (2009). Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación. Disponible en: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-colision-derechos.pdf

Berger, M. y Carrizo, C. (2019). *Afectados ambientales. Aportes conceptuales y prácticos para la lucha, el reconocimiento y garantía de derechos*. Argentina: Ediciones Ciencia y Democracia.

Cabedo Mallol, V. (2012). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*. España: Icaria.

Cámara de Diputados (2019). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf?fbclid=IwAR0X0hd5AMsRU1dFISN76M_psIVyktKeHMGGVPzfFdYSkf_xZZSRHdNXtc

Carafa, L. y Bacaria, J. (2017). *Los grandes retos del Acuerdo de París*. Foreign Affairs Latinoamérica.

Carmona Lara, M.D. (2017). *Derechos del medio ambiente*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Correas, O. (1996). El pluralismo jurídico y el derecho alternativo. Algunos problemas teóricos. *Enlace, revista de sociología jurídica* (1), 37-53.

Díaz-Barriga, F. (1996). *Los residuos peligrosos en México. Evaluación del riesgo para la salud*. Salud Pública de México.

Donelly, J. (1994). *Derechos humanos universales*. A.I. Stellino, Trans. México: Gernika.

Geertz, C. (2002). *The interpretation of cultures. Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de la comunicación de masas*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

González, R.D. (2015). *Del Poder Judicial de la Federación a la administración de justicia antes y después de la Revolución (1910-1920), 100 aniversario de la Constitución de 1917*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Hartt Dávalos, A. (2001). *Cultura para el desarrollo: El desafío del siglo XXI*. La Habana: Ciencias Sociales.

Hernández Reyna, M. (2007). Sobre los sentidos de multiculturalismo e interculturalismo. *RaXimhai, Revista de Sociedad Cultura y Desarrollo sustentable*, 3, p. 432.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010). *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Los peritajes culturales y la visión de la pobreza desde su cosmovisión*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

León Pinelo, A.D. (1992). *Recopilación de las Indias*. Vol. 2. México: Escuela Libre de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad de Navarra, Universidad Panamericana, Miguel Ángel Porrúa, Gobierno del estado de Chiapas, Gobierno de estado de Morelos.

Ordoñez Cifuentes, J. (1995). *Conceptualizaciones jurídicas en el derecho internacional público moderno y la sociología del derecho: Indio, pueblo y minorías*. México: UNAM.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) (9 de junio de 2019). Disponible en: www.unesco.org

Ortega Maldinado, J.M.; Monrroy López, B. y Pérez Ramírez, N. (2018). *Los derechos humanos en la globalización*. México: Porrúa.

Pérez Pintor, H. (2012). *La arquitectura del derecho de la información en México: Un Acercamiento desde la Constitución*. México: Porrúa.

Prieto de Pedro, J. (2013). *Cultura, culturas y constitución*. Premio "Nicolás Serrano". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Revista Jurídica (2016). Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación. Facultad de Jurisprudencia, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Sánchez Cohen, I.; Díaz Padilla, G.; Cavazos Pérez, M.; Granados Ramírez, G. y Gómez Reyes, E. (2011). *Elementos para entender el cambio climático y sus impactos*. México: Porrúa.

Serrano, C. (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas: Derecho internacional y experiencias constitucionales de nuestra América*. San Luis Potosí: UASLP - Centro de Estudios Jurídicos y Sociales "Padre Enrique Gutiérrez".

Soberanes Fernández, J. (2009). *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*. México: Porrúa.

Thompson, J. (2002). *Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de la comunicación de masas*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

Tunal Santiago, G.Y. (2007). *La cultura como objeto de investigación*. Tecsistecatl.

Vargas Mergold, A.V. (2016). La empresa metalúrgica Industrial Minera México en San Luis Potosí. Problemas ambientales con soluciones incoherentes. Disponible en: https://colsan.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1013/230/3/La%20empresa%20metal%C3%BArgica%20Industrial%20Minera%20M%C3%A9xico%20en%20San%20Luis%20Potos%C3%AD.pdf?fbclid=IwAR1_RmyNVBZn4BF-rmu2HftARQ9-qBhcQWrdvVVGCSrelzCyYQanU2lQN0s

Vázquez Rodríguez, C. (2013). *Los derechos difusos y su protección jurídica*. México: Artes Gráficas La Impresora.

Vázquez, D. (2016). Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles.

Velasco, H. (2014). Múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos de la UNESCO. *Series Filosóficas*, 33.

Iusmaterialismo Iberoamericano. El derecho en América y su necesaria armonía cósmica

Mauricio Iván Vargas Mendoza

¿Miras el azul del cielo y el verde de las montañas?
Sí —contesté—, Míralo bien, son uno solo, no hay dos colores, ¿ves?
Es el origen de la vida, de ahí venimos los seres humanos
y sigue sosteniendo el mundo. Siempre está con nosotros.
Se llama Yax. Donde hay cielo o agua
y tierra verde, el viento deja ver Yax, no lo olvides

Micalco Méndez, 2017

Corrientes del pensamiento jurídico en el sistema mexicano

Humberto Maturana (2018) dice que "todo sistema racional se basa en premisas fundamentales aceptadas *a priori*, aceptadas porque sí"; es decir, el paradigma en la concepción de Maturana es similar al de Thomas Kuhn (2004): "Toda la constelación de creencias, valores, técnicas, etcétera, que comparten los miembros de una comunidad dada". En términos de Maturana, esta constelación de creencias compartidas por una comunidad —en este caso científica, artística, popular— sería el paradigma que contiene la serie de premisas fundamentales a racionales aceptadas *a priori* por una

comunidad, que contienen los fundamentos que sostienen diversas teorías y diversas tradiciones teóricas.

Por otro lado, Imre Lakatos quien, en dialogo con Thomas Kuhn y Karl Popper, desarrollo la estructura de lo que considero el programa de investigación científica —refiriéndose por analogía al paradigma de Thomas Kuhn—; dicho programa, como crítica a Karl-Popper y el falsacionismo en cuanto a la ciencia con poder probatorio, fue invertido por Albert Einstein y, según Lakatos (1978: 17), a partir de eso, nadie en la ciencia puede afirmar que esta llega a la verdad, ni que es probada, por ello, "ni verdad probable (como hacen algunos empiristas lógicos) o al de verdad por consenso (cambiante) (como hacen algunos sociólogos del conocimiento)". También explicó cómo para Karl-Popper las revoluciones científicas son el destino de la ciencia de forma constante —lo que consideró falsacionismo ingenuo—, para Thomas Kuhn estas son la excepción, impiden la convivencia de programas de investigación (paradigmas en Kuhn).

Lo interesante para esta investigación es la estructura de lo que denominó *programas de investigación científica*, según el autor, estos no se dan como dice Thomas Kuhn: por la simple aceptación de la comunidad científica, sino mediante la falsación, que consiste en el enfrentamiento entre teorías rivales, su refutación depende del éxito de la otra al confrontarse con la experiencia. El programa de investigación científica se conjunta de teorías que cuentan con un núcleo firme; es decir, en el falsacionismo sofisticado de Imre Lakatos, cuando uno compara un programa de investigación con la realidad y esta contrasta con el núcleo de teorías protectoras, no con el núcleo firme del programa de investigación, se forman nuevas hipótesis, pero no un programa nuevo de investigación científica. El núcleo firme irrefutable contiene los fundamentos en los que según Thomas Kuhn se apegan por consenso la comunidad de investigadores, las cuales, según Humberto Maturana, conforman la base de los constructos lógicos que integran las teorías; en Lakatos, la comunidad científica los acepta por considerar que aún no existe su falsación en confrontación con la realidad, es decir, porque la comunidad científica considera que sigue vigente su aplicación para explicar lo real.

Después de lo anterior, se tiene el núcleo protector que se conforma de teorías aceptadas dentro del propio programa de investigación científica, luego la heurística positiva que contiene afirmaciones predictivas en cuanto a la teoría y la heurística negativa, que contiene sólo descripciones pasadas o refutaciones que si atentan en la confrontación de la realidad con la del núcleo protector, y sólo constituyen modificaciones a este, pero sí, en dicha confrontación falsean el núcleo central irrefutable, entonces comienzan a crear un nuevo programa de investigación científica o paradigma, que en el falsacionismo sofisticado de Lakatos puede convivir con otros programas de investigación científica. Así la investigación científica es la disciplina que emplea la comunidad de expertos para reducir el margen de ignorancia y producir imágenes cada vez más coherentes y congruentes con los eventos naturales y sociales que estudian (Kala, en prensa).

Es decir, en términos de Kuhn, Maturana y Lakatos, los paradigmas o programas de investigación científica, tomando en primer lugar a Lakatos, es posible la coexistencia de dos programas de investigación científica, estos cuentan con un núcleo duro de fundamentos que son irrefutables para quien se encuentra hablando dentro de este, ya sea por aceptación o porque en su confrontación con la realidad no encuentra falsación desde la perspectiva de la comunidad científica que le pertenece; después se encuentra un núcleo protector de hipótesis iniciales y derivadas, presencia de las teorías; por último, se encuentran los elementos heurísticos positivos que van hacia el progreso del programa de investigación científico y negativos que cuestionan el núcleo protector. Pero, ¿qué ocurre cuando la realidad cuestiona por medio de falsación el núcleo central irrefutable? Aquí se plantea en la discusión las revoluciones científicas que podría dar el nacimiento de nuevos programas de investigación científica.

A partir de lo anterior, se considera que el paradigma (con fundamentos *a priori*) que contiene el núcleo central irrefutable es el iusmaterialismo Iberoamericano, el núcleo protector es la teoría nuestra-americana de los derechos humanos y cuenta con varias tradiciones o elementos heurísticos positivos, que se ponen en confrontación con la realidad. Esta constelación inicial es el ius-

materialismo nuestro-americano, el cual no tiene relación *a priori* —es decir, en su núcleo central irrefutable— ni con el iusnaturalismo ni el iusvoluntarismo que ambos pertenecen a la teoría liberal de los derechos humanos y que fueron cuestionados a partir de 1980 en la academia; por ello, en un inicio se denominó tradición, pero actualmente se encuentran en proceso de construcción de un nuevo programa de investigación científica o paradigma independiente con sus historias externa e interna. Así, la actual tradición iberoamericana —y sus sinónimos— puede considerarse una teoría nuestra-americana y tener varias tradiciones o elementos heurísticos que la complementan, como será la tradición: preamericana, hispanoamericana, iberoamericana y latinoamericana.

En 1989 nació la denominada tradición hispanoamericana o latinoamericana, esta pretende, siguiendo la filosofía para la liberación que surgió a su vez a partir de la teoría de la dependencia y la teología de liberación, reconstruir el derecho desde los derechos humanos: la historia, la filosofía, el derecho, las instituciones jurídicas, la sociología y antropología, entre otras, de forma transdisciplinar y multidisciplinar (Salamanca Serrano, 2011), esta reconstrucción se realizó y es un proceso que sigue avanzando entre varios autores latinoamericanos, de origen indígena, mestizo y europeos. Esta tradición se realiza por diversos autores que observan la realidad de la región conocida como Iberoamérica. En México, en la Constitución, entra en vigor en 2011 la reforma integral sobre derechos humanos, su fuente filosófica es el garantismo de Luigi Ferrajoli (2011) y el neoconstitucionalismo (Pozzolo, 1998); previamente, el fundamento jurídico filosófico mexicano era el positivismo vitalismo traído al país en 1936 por los juristas españoles exiliados de la dictadura franquista y aceptados en las principales universidades por el gobierno de Lázaro Cárdenas (Ramos García, 2012). Esto ha causado un grave problema, pues el derecho se desprende de la realidad a la cual va dirigida, ya que para su propuesta Luigi Ferrajoli está observando la filosofía garantista italiana y su proceso histórico personal vivido como miembro de la magistratura democrática; así, el garantismo como propuesta filosófica iniciada para el derecho penal en el libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1995), partió de una realidad ajena a la regional, mientras que con el neoconstitu-

cionalismo esto es similar. Por otro lado, en 1989 nació la tradición que ha sido denominada por la academia como: hispanoamericana, iberoamericana o latinoamericana de los derechos humanos, está pretende[1] reconstruir el derecho mediante la historia, la filosofía, el derecho, las instituciones jurídicas, la sociología y antropología de forma transdisciplinar.[2]

Es decir, la complicación que se presenta para adaptar un derecho proveniente de signos de realidad (Otto Apel, 2013) o de notas (Zubiri, 1998), alejadas de la realidad mexicana y regional, resulta de esta mímica constante que lleva haciendo la región desde casi 500 años (Beorlegui, 2008), esto en cuanto a la filosofía que sustenta variadas áreas del conocimiento y en específico del conocimiento jurídico; por ello, surge la pregunta ¿Existe un fundamento filosófico basado en la región? Como hipótesis, el iusmaterialismo Iberoamericano, a pesar de estar en formación, nació como tradición de los derechos humanos a partir de la tradición liberal y dentro del iusnaturalismo-iusvolutarismo, pero al ser crítica directa al núcleo central irrefutable, desde 1965 este se encuentra en proceso de generación y construcción de un nuevo nucleó central con fundamentos suficientes para una consideración nueva del derecho; todo esto en filosofía, con una fuerte influencia del giro hermenéutico realizado entre 1960 a 1983 por Xavier Zubiri hacia la metafísica madura, es decir, hacia la respectividad de lo real (Vargas Mendoza, 2018), pero antes es necesario analizar los que están presentes en el país.

Iusnaturalismo e iuspositivismo

Actualmente Manuel Atienza dice que el ámbito de los derechos humanos, las corrientes de pensamiento jurídico principales en la actualidad son el iusnaturalismo y iuspositivismo, en cuanto a ello, menciona que los partidarios del iusnaturalismo afirman que exis-

1 Siguiendo la filosofía para la liberación que tiene su origen a partir de varios encuentros en 1971, que surgió a su vez a partir de la teoría de la dependencia y la teología de liberación en Medellín Colombia (Scannone, 2009).

2 La investigación multidisciplinaria es la investigación realizada desde varias disciplinas, tomando de eje central un tema en común del concepto usado en este trabajo: la investigación transdisciplinaria, que es investigar un tema en común desde varias disciplinas pero de forma transversal, es decir, que está atravesado de una parte a otra de una cosa de manera perpendicular a su dimensión longitudinal con relación a las diferentes ciencias y disciplinas usadas (véase Salamanca Serrano, 2015).

te un derecho humano por encima de la legislación, mientras que los partidarios del derecho positivo afirman que este es el único existente y que el derecho es independiente de la justicia (Atienza Rodriguez, 2001: 70).

Manuel Atienza llegó a partir de estas dos corrientes a la posibilidad de existir tres posturas, estas dos y una intermedia, el autor español optó por la intermedia; es decir, el derecho existe por ser positivo, pero este debe pasar por una ética argumentativa de justicia (Atienza Rodriguez, 2001: 114); mientras que el iusnaturalismo moderno racionalista, al que se refiere el autor español, parte de la justicia abstracta y se convierte en deber ser individual con base a un "conjunto de normas y de principios válidos para todos los tiempos y lugares"[3] (Atienza Rodriguez, 2001: 70); es decir, esos derechos que se encuentran en la Constitución son sustentados en derechos de la dignidad humana (en el iusnaturalismo).

Las corrientes del derecho principales en la actualidad mexicana son el iusnaturalismo moderno racional[4] y el iuspositivismo,[5] a partir de estos paradigmas se forma el positivismo con ética argumentativa jurídica (que busca la justicia), al que llegó el jurista español Manuel Atienza. Sin embargo, es posible complicar un poco más esas corrientes de pensamiento, esto con la aparición del neoiuspositivismo y el neoiusnaturalismo. Resulta necesario mencionar, que el iuspositivismo no es el núcleo central irrefutable en este caso de generación y conceptualización del derecho, sino que este es el iusvoluntarismo del cual se derivó el iuspositivismo, pero en México tiene gran influencia el iusvoluntarismo mediante el iuspositivismo, por ello este análisis.

3 Esto es base de la concepción actual de los derechos humanos en varias instituciones, como ejemplo la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que al definir derechos humanos usa la corriente iusnaturalista: "Los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes" (véase la página oficial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos).

4 A través de la razón conozco una serie de derechos naturales propios del ser humano.

5 A través de la razón se construye y escribo una serie de derechos para la dignidad del ser humano

Neopositivimo y neoiusnaturalismo

La discusión anterior se complejiza porque en el año 2011, en la revista *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, en su número 34, fue dedicada al constitucionalismo garantista, esto a raíz de un artículo publicado por italiano Luigi Ferrajoli, donde se deslinda de ser encasillado en un neopositivismo junto al neoconstitucionalismo. En el artículo, titulado "Constitucionalismo principialista y consituticionalismo garantista", establece características específicas que hacen la diferencia entre el garantismo que propone y el neoconstitucionalismo propuesto por Robert Alexy, Ronald Dworkin y Carlos Nino (Pozzolo, 1998), para sorpresa de muchos académicos que encasillaban ambas teorías en un neopositivismo, es decir, un positivismo escrito donde el derecho y en este caso los derechos humanos son producto de valores razonados —positivismo vitalista de los exiliados españoles en México en los años treinta (Ramos García, 2012)—, pero desde la razón lógica neokantiana que pretende resolver los problemas sociales.

Lo que interesa aquí es resaltar la acusación de Luigi Ferrajoli en cuanto a un neoconstitucionalismo iusnaturalista, por lo tanto, un sistema jurídico neoiusnaturalista. Así, se tiene a dos corrientes mencionadas con anterioridad para sustentar los derechos humanos:

> *El iusnaturalismo moderno racional*: consiste en buscar la justicia por medio de derechos propios, inherentes al ser humano. Los derechos existen por nacer ser humano y la dignidad.
>
> *El iuspositivismo jurídico moderno racional*: mediante la racionalidad lógica kantiana, obtenemos una serie de derechos razonados que establecemos para solucionar los problemas sociales (Atienza Rodriguez, 2001: 81).

En México habría que agregar el positivismo vitalismo de Ortega y Gasset, que llega por los exiliados españoles y que impacta en 1940 (Ramos García, 2012) con libros como el de García Máynez (2003) *Introducción al estudio del derecho* o de Ibarra Flores (2010) *Filosofía mexicana*, vigente oficialmente hasta la reforma de junio 2011 al artículo primero de la Constitución mexicana, que

establece como sistema jurídico el garantismo y neoconstitucionalismo, pero que en la práctica algunos jueces, abogados y juristas dedicados al ejercicio del derecho siguen aplicando ese positivismo vitalista que quedó arraigado en a la cultura jurídica mexicana.

Además de las anteriores, se agregan el neopositivismo y el neoiusnaturalismo moderno racional que, siguiendo en el número 34 de la revista *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, que comenzó con el citado artículo de Ferrajoli (2011) y fue seguido números después por varios artículos donde se expusieron críticas al autor italiano, para culminar este debate con dos artículos del mismo Ferrajoli (2011) en contrarréplica a las críticas, como es "El constitucionalismo garantista. Entre paleopositivismo y neoiusnaturalismo", quien separó todos los artículos de crítica en un mismo número de la revista en dos rubros: críticas absurdas, negadas y criticadas, que no esperaba porque corresponden a incomprensiones por parte de sus críticos (p. 312), y críticas a atender, despejar y redimensionar (pp. 312-313).

Luigi Ferrajoli, entre lo mencionado en la discusión, hizo hincapié en diferenciar el constitucionalismo garantista, el cual es considerado un positivismo reforzado o neopositivismo; mientras que el neoconstitucionalismo sería un neoiusnauralismo racional moderno, esto por dejar los espacios de autonomía del poder legislativo al arbitrio del poder judicial; es decir, el legislativo puede legislar lo que sea (posmodernidad), además la discrecionalidad abierta del poder judicial, el neoconstitucionalismo basa su sentido del derecho en George Gadamer (1993, 1998), Jurgen Habermas (2003, 2001) y Karl-Otto Apel (1985 a y b, 1998). El diálogo argumentativo racional-lógico-matemático es el fundamento de la filosofía, en derecho será el fundamento de las decisiones en materia de derechos humanos los encargados de tomar las decisiones (fundamentales) y en última instancia los Supremos Tribunales de Justicia Constitucional de cada estado; esto, en palabras del autor italiano, genera una teoría de los derechos fundamentales abierta a la discrecionalidad de los jueces, lo cual lleva a un derecho inestable, con el cual Karl Otto Apel (2013) cambió su postura.

Según Luigi Ferrajoli existen en la actualidad un paradigma del derecho que surgió en el último siglo, que serían un consti-

tucionalismo con controles jurídicos, no sólo constituciones con derechos fundamentales y organización de los poderes de los estados propios del paleo-positivismo,[6] sino un constitucionalismo que regula la conducta de los poderes en los estados mediante los derechos fundamentales y una democracia sustancial, este constitucionalismo puede ser dividido en dos: el neoconstitucionalismo (de carácter neoiusnaturalista) y el constitucionalismo garantista (de carácter neoiuspositivista), y dice que el garantismo está basado en la separación derecho-moral, mientras el neoconstitucionalismo en su conexión (Ferrajoli, 2011: 315).

La cuestión se complica un poco más si anexamos a estas cuatro corrientes surgidas de la modernidad una quinta y una sexta, el iusnaturalismo clásico (aristotélico-tomista) y el iusmaterialismo Iberoamericano.

Iusnaturalismo clásico

El iusnaturalismo tiene dos vertientes, el clásico y el moderno racional, Jesús Antonio de la Torre Rangel (2013: 5) propone una fundamentación de los derechos humanos: "Siguiendo en el terreno de la filosofía [...] dar bases sólidas, fuertes, de los derechos del ser humano, desde la tradición del iusnaturalismo enlazándola con el personalismo y con la filosofía de la liberación", esto en su teoría iusnaturalismo histórico analógico, sus pilares que sostienen su propuesta son el iusnaturalismo, el personalismo, la realidad histórica de Ignacio Ellacuria (1991), la hermenéutica Analógica de Mauricio Beuchot (2000) para los derechos humanos y la filosofía de liberación desde categorías necesarias para la defensa actual de los derechos humanos desde la vertiente descrita por Enrique Dussel (1998).

La crítica realizada por un sector de académicos es que el iusnaturalismo y el historicismo de Ignacio Ellacuria son contrarios, ya que el iusnarualismo consiste en definir los derechos humanos como una serie de prerrogativas que siempre han estado, un modelo de justicia que llega a ellos mediante la razón, esto se sustenta en un iusnaturalismo moderno racional desde varios

6 Positivismo jurídico, vigente en México a partir de la Constitución de 1857, al término del porfiriato e inicio de la revolución.

autores que, incluso, comenzaron en la revolución inglesa y la ilustración-moderna, como ejemplo John Locke (1633-1704), desde el concepto de ser humano que pasa de un estado natural a un estado de contrato social (Salgado González, s.f.: 24) y el estado natural, donde los seres humanos tienen los mismos derechos, gozan de igualdad natural y perfecta libertad, en general, viven bajo leyes naturales que están enviadas por Dios. Lo interesante es que los derechos fundamentales del garantismo, como son la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica, esta última pertenece al positivismo jurídico, porque las leyes escritas dan esa seguridad, pero los tres primeros se vienen desarrollando desde este iusnaturalismo moderno racional.

En cuanto a la tradición iusnaturalista clásica, De la Torre Rangel (2013, 2014) escribió en varios artículos, ahora en un libro tomado a partir de ellos, que su iusnaturalismo se fundamenta en el iusnaturalismo clásico. La tradición hispanoamericana de los derechos humanos surgió en la teoría en 1980 y desde la filosofía para la liberación descrita a partir del encuentro de dos culturas (Dussel, 1492, con *El encubrimiento del otro* y en 1994 con *Hacia el origen del mito de la modernidad*), donde algunos frailes dominicos y posteriormente jesuitas van a realizar la defensa de los oprimidos, como ejemplo Jesús Antonio de la Torre Rangel (2014: 134), quien escribe con relación a un pasaje de Alonso de la Veracruz, las vejaciones que sufren mujeres y niños en la Nueva España, principalmente en los campos de algodón.

Esta tradición contiene un fuerte componente de realidad zubiriana —mediante Ignacio Ellacuria—, pero además fundamentos de la filosofía para la liberación de Enrique Dussel —faltando otras vertientes como la problematizadora (Cerrutti, 2011)—, desde el pobre entendido como privado de un derecho. En cuanto al iusnaturalismo clásico, explicó que mientras el iusnaturalismo moderno-racional es la base de la tradición ilustrada, el iusnaturalismo clásico es más antiguo y de tradición cristiana, con juristas como Vitoria, De Soto, Suárez y Mariana, es un derecho que toma la vida del ser humano en concreto y de forma histórica (De la Torre Rangel, 2014: 5-6).

Los derechos humanos en el iusnaturalismo moderno-racional está ligado a la Declaración francesa de los derechos del hombre y el ciudadano, así como la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia, mientras que la tradición clásico iberoamericana se liga a la lucha de Bartolomé de las Casas y al uso alternativo del derecho a favor de los indios (De la Torre Rangel, 2007), lo que impregna al iusnaturalismo histórico una concepción de praxis a favor del pobre —entendido como el privado de derechos— y una racionalidad análoga a favor de la diferencia en la relación entre el *yo* con el *t*ú.

Se propone como analogado el *ser*, derivado de la confrontación entre el justo objetivo y el derecho subjetivo de Suárez, lo denomina "el primer moderno y el último escolástico" (De la Torre Rangel, 2013: 34), y descarta el derecho subjetivo propuesto en la modernidad por ser insuficiente.

Justo objetivo: haciendo una analogía de atribución, dice que el analogado principal en Tomas es el justo objetivo, "que es la conducta debida a otro" (De la Torre Rangel, 2013: 33), la justicia como justo objetivo es el analogado principal, el justo objetivo sería la finalidad del derecho compuesto por el trinomio justicia, equidad y proporcionalidad, es decir, la justicia de dar a cada quien lo suyo pensando en la relación con el otro. La alteridad juega un papel importante en su teoría y es determinante para la inclinación hacia el justo objetivo.

Jesús Antonio de la Torre Rangel, en clases de maestría en derechos humanos en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y en pláticas de asesoría en la misma maestría, explica, en un video publicado,[7] cómo desde la licenciatura en la Escuela Libre de Derecho aprendió la concepción del mismo desde el derecho natural, como un derecho que busca construirse a favor de la justicia desde varios autores, pero al enfrentarse a la realidad de práctica profesional como abogado defensor en materia civil, al dar clases de filosofía del derecho fue, al mismo tiempo, leyendo textos de teología de la li-

7 Video realizado por el programa de investigación *Derecho y Sociedad* del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México. Consultado en: https://www.youtube.com/watch?v=T8uO0_DBd7w el 8 julio de 2019, minuto 2:20.

beración que le causaron crisis del derecho y del uso mismo de este; crisis partió del derecho como defensor de la justicia y de los derechos humanos, a partir de la ausencia del bien común y violación sistemática de éstos, surgiéndole la pregunta de: ¿cómo exponer a los alumnos las tesis del iusnaturalismo sin una correspondencia con la sociedad? En medio de esa crisis se encontró con un texto de Ignacio Ellacuría y se dio cuenta que los derechos humanos son presentados como ahistóricos, por lo que reflexionó que son presentados de manera ideal y abstracta, pero se debe buscar que sea una realidad, confrontando en el aquí y ahora la idea con la realidad, y ver qué impide para que la justicia sea real; ahí es cuando buscó categorías de la filosofía de la liberación.

Iusmaterialismo

El materialismo, como teoría filosófica, se fundamenta en la existencia de una realidad compleja, se explica que Karl Marx aplicó durante sus estudios la dialéctica de la totalidad,[8] aunque nunca realizó la explicación de su método puede observarse en el siguiente escrito:

> Mi método dialectico no sólo es fundamentalmente distinto del método de Hegel, sino que es, en todo y por todo, la antítesis de él. Para Hegel, el proceso del pensamiento, al que él convierte incluso, bajo el nombre de idea, en sujeto con vida propia, es el demiurgo de lo real, y esto la simple forma externa en que toma cuerpo. Para mí, lo ideal no es, por el contrario, más que lo material traducido y transpuesto a la cabeza del hombre.
>
> [...]
>
> Lo que ocurre es que la dialéctica aparece en él invertida, puesta de cabeza. No hay más que darle la vuelta, mejor dicho, ponerla de pie, y enseguida se descubre bajo la corteza mística la semilla racional." (Marx, 2007: 29)

Por su parte, Diego Bruno (2011: 76), de la Universidad de Buenos Aires, dice que "la dialéctica en su versión materialista debe

8 Antonio Salamanca Serrano (2015: 67) menciona que la antigua frase: "Dialectico de la totalidad" actualmente puede ser referida a Edgar Morín en *El paradigma de la complejidad.*

fundamentarse en el movimiento de la realidad concreta", la dialéctica materialista pugna por la historización como método para comprender la realidad social. En este sentido, el materialismo dialectico-histórico es una teoría que reestructura el surgimiento de la idea hegeliana; sin embargo, Antonio Salamanca Serrano (2010: 94), siguiendo a M. Harris, afirma que si bien Marx es discípulo de Hegel, este creó un giro completo de formulación sustancial.

En el pensamiento marxista, el sujeto es histórico, inserto en un mundo social y económico que, en definitiva, se crea en el trabajo y produce una transformación y la praxis del sujeto histórico, toda la histórica del ser humano es producido por el trabajo. Cabe realizar una pausa para destacar lo que expone Antonio Salamanca Serrano (2010), en su artículo "Iusmaterialismo. Teoría del derecho de los pueblos", respecto a que las limitantes marxistas y postmarxistas retoman la dialéctica hegeliana, así como algunas divergencias modernas de las cuales no se pudo liberar, en parte por su propia realidad histórica, reformuladas en el iusmaterialismo de Salamanca Serrano mediante la teoría Zubiriana y de la realidad histórica de Ignacio Ellacuria,[9] pero coincide una interpretación marxista realizada por Enrique Dussel (1988) en el concepto de vida, entendido el trabajo como tiempo de vida, esto es, que el sujeto vive e invierte en el trabajo exponiendo tiempo de vida, un valor primordial de la persona humana.

Regresando al materialismo, la producción del ser humano es el trabajo (entendido como tiempo de vida), el ser humano para el materialismo histórico es un ente practico que vive en un entorno social y con la naturaleza —la cual se apropia—; así, todas las ideologías pierden la apariencia de desarrollo, pero los productos de su pensamiento cambian con relación a las circunstancias de su momento histórico y de sus necesidades-satisfactores cambiantes, según su historia —sin tomar cambios biológicos del ADN (por ácido desoxirribonucleico)[10]—, la praxis del ser humano se convierte en el fundamento de todo, la naturaleza se humaniza por obra del trabajo humano y, con ello, se convierte en un producto

9 Aunque con mayor presencia Zubiriana.

10 El ser humano se va transformando a través de las generaciones, en estas influyen también los cambios biológicos que se trasmiten mediante el ADN.

histórico más. Aquí aparece una dialéctica entre el ser humano-su mundo, lo social y la naturaleza misma, representando una transformación continua. La dialéctica será la marcha de la historia misma que utiliza como motor las contradicciones propias de los procesos dialecticos, que obran impulsados por el desarrollo.

Iusmaterialismo Iberoamericano

"El Iusmaterialismo se presenta como un nuevo paradigma teórico del derecho. Una teoría que parte de los hechos" (Salamanca Serrano, 2010: 121) y que, para dicho autor, se encuentra adicional a las tres contemporáneas: "Hay tres grandes paradigmas en función de donde cada uno de ellos postula el fundamento del derecho: iusnaturalismo, iusocio-contracturalismo e iusvoluntarismo" (p. 84), y que las teorías del derecho son "las creaciones racionales que se postulan como explicativas de las causas del hecho del derecho, y que se someten a verificación científica" (p. 84), a partir de esta concepción, Salamanca Serrano construyó desde el materialismo, zubirismo, la realidad histórica de Ignacio Ellacuria y la ciencia actual: una concepción iusmaterialista.

El iusmaterialismo tiene como principales postulados:

1º Teoría de la vida de los pueblos
2º Teoría de la praxis histórica (praxeológica)
3º Teoría materialista
4º Teoría moral
5º Teoría política
6º Teoría jurídica
7º Teoría revolucionaria (Salamanca Serrano, 2010: 84).

Teoría de la vida de los pueblos, surge de la dialéctica de vida de los pueblos, el derecho se desprende del fetiche iusnaturalista-moderno-racional basado en una naturaleza ideal hegeliana y del positivismo como derecho escrito. Se transforma en un derecho de vida acorde a la filosofía para la liberación y al pensamiento marxista, aunque como explicó el mismo autor, existe una interpretación errónea de Marx de la cual él se deslinda sobre el desprecio por el derecho, desprecio que surgió del fetiche jurídico positivista; el derecho es praxis humana, esa praxis no se da en la creación moderna de normas, ni en una creación universal inmu-

table, sino en la vida concreta de las personas en sus pueblos. El derecho se vive, sí un ordenamiento jurídico escrito dice que tenemos derechos humanos que satisfacen las necesidades humanas, pero en la realidad iberoamericana no aparecen ese ordenamiento y, en este caso, esa teoría positivista o iusnaturalista no existen en la realidad. Por otro lado, la vida de los pueblos surge a partir de las necesidades humanas y el reconocimiento del *otro*, como *otro*, reconocimiento que se da por una praxis constante de los derechos humanos en todo tiempo y lugar.

En los paradigmas vistos anteriormente que son hegemónicos en México, el iusnaturalismo racional moderno parte de la razón lógica que propicia el acercamiento individual hacia la naturaleza humana o los deseos divinos de dignidad; el positivismo, considerado un derecho escrito, realizado a partir de esa razón; el neoiusnaturalismo, sería una razón construida mediante la argumentación y con cierta independencia judicial para atender el mayor beneficio caso por caso en pro de la justicia colectiva determinada por una comunidad de comunicación argumentativa lógicamente; el neopositivismo contendrá esa comunidad, pero en el poder legislativo, versión de Luigi Ferrajoli y el propio John Elster; el iusnaturalismo clásico que terminará en el iusnaturalismo histórico analógico, y que busca los conceptos de los derechos humanos mediante la realidad histórica de los pueblos y el reconocimiento del *otro* mediante la alteridad y la analogía de aristotélica-tomista.

El iusmaterialismo Iberoamericano, en primer lugar, "se presenta como un postulado científico de un nuevo paradigma en Teoría del Derecho que se somete a probación y verificación histórica" (Salamanca Serrano, 2010: 87); esto es, la vida en realidad histórica de los pueblos es su punto de partida y, aunque Salamanca Serrano expuso como método para este iusmaterialismo Iberoamericano el materialismo-histórico-dialectico, también expuso el método interdisciplinar e intercultural en *La investigación Jurídica intercultural e interdisciplinaria* (Salamanca Serrano, 2015),[11] donde señala que el derecho es praxis jurídica activa y normativa,

11 Se prefiere el termino transdisciplinar y transcultural desde la complejidad.

que se realiza entre la identificación del sistema de necesidades/capacidades de los pueblos y su insatisfacción o satisfacción en armonía cósmica que propicia las posibilidades de reproducción de la vida (Salamanca Serrano, 2010: 87).

Es decir, es praxis para la liberación y el derecho deja de ser solamente positivo, se convierte en un discurso de liberación de la vida de los pueblos, que propicia producir y reproducir su vida, atendiendo las necesidades humanas sin confundir con los satisfactores, teniendo en cuenta estas necesidades como totalidad de la vida humana. El derecho pierde el fetiche racional y escrito, para convertirse en praxis concreta de vida; dicho de otro modo, el derecho se transforma en hechos históricos de realización actualizada constantemente y se transforma en realización constitutiva de sustantividad material (Zubiri, 1998: 87).[12]

El iusmaterialismo Iberoamericano es una "teoría de praxis, materialista, moral, política, jurídica y revolucionaria" (Salamanca Serrano, 2010: 121): *de praxis*, porque su estudio no termina con lo escrito o reflexionado, sino que constituye una práctica constante dialéctica histórica con lo real; *materialista*, por estar en esa dialéctica de la realidad actualizada en la vida de los pueblos en relación, no sólo con la naturaleza, sino con cosmos en su totalidad; *moral*, porque esas necesidades humanas son cubiertas en sociedad y las relaciones humanas de vida, constituyendo así la acción moral de realidad,[13] que vela por el privado de un derecho (Salamanca Serrano, 2003); *política*, porque el iusmaterialismo ocurre en política social, pero esta no sólo desde el gobierno, sino desde la realidad de los pueblos y su vida con relación al cosmos, no pretende adoctrinar sino que subsiste de las relaciones de vida humana

12 La sustantividad es suficiencia constitucional; es decir, suficiencia para *ser* suyo de sí, lo que algunos autores llaman como posibilidad de realizar cualquier proyecto de vida; sin embargo, aquí no consiste en pensamiento abstracto y racional moderno (lógico matemático), sino parte desde la realidad histórica de los pueblos y como se verá adelante, en armonía cósmica.

13 La acción moral de realidad es una construcción teórica creada por Antonio Salamanca Serrano, a partir de la comunidad argumentativa de inconmensurables investigadores como Karl-Otto Apel, de la ética de liberación de Enrique Dussel y de la metafísica madura de Xavier Zubiri, que consiste en actualizar la realidad en respectividad y aplicar la moral de discurso argumentativo científico a los problemas, pero teniendo en cuenta el pobre, como privado de derecho y sus circunstancias de lo real.

en actualización y sustancialidad (Zubiri, 1998); y *jurídica*, porque constituye como positivación[14] de las necesidades de vida de los pueblos y la reversión de sus insatisfactores, se reitera, siempre en armonía cósmica.

El iusmaterialismo Iberoamericano no es proveniente de los neomarxistas, sino que constituye una corriente de pensamiento jurídico que permite analizar el derecho desde la realidad histórica que surgió a partir de postulados propios de la filosofía iberoamericana. Para éste, el derecho ocurre en la vida de los pueblos, teniendo como parámetro de satisfactor, las necesidades humanas, en armonía con la naturaleza y el cosmos, por considerar que el ser humano es parte de esa totalidad.

Esta corriente constituye una cosmología nueva del derecho, parte de los pobres geopolíticamente; es decir, de los privados del derecho y de la posibilidad de producir y reproducir su vida, se basó en la filosofía de Xavier Zubiri, Ignacio Ellacuria y la transformación de Marx, así como de la filosofía para la liberación, de la realidad de la región americana y en específico de la realidad ecuatoriana. Para el iusmaterialismo Iberoamericano el derecho ocurre en la realidad histórica de los pueblos que se actualizan constantemente en busca de satisfacer las necesidades, pero siempre esos satisfactores en armonía cósmica. Se retira del centro de pensamiento el mercado y se sustituye por la armonía cósmica, por ejemplo, la necesidad humana de transportarse —actualmente existen varios satisfactores, entre ellos los vehículos automotores—, pero estos están acabando con la vida en el planeta, por lo que surge la necesidad de armonizar el satisfactor en la realidad histórica, que actualmente es capaz de construir vehículos eléctricos e incluso solares; por ello, estos serían un satisfactor más acorde a esa armonía cósmica, siempre desde la ciencia transdisciplinar y transcultural.

Las necesidades y los problemas generados actualmente por el sistema económico, requieren un abordaje jurídico diferente, esta corriente de pensamiento que surge de la complejidad resulta revolucionaria por pretender transformar lo hegemónico en los

14 Acción de transformar el derecho escrito teniendo como parámetro las necesidades humanas y los satisfactores con relación al cosmos.

sistemas jurídicos. La especie humana requiere reconocer al otro humano y al otro ser terrestre y cósmico, sin este reconocimiento por alteridad desde la totalidad se condena a la extinción, al término de la existencia humana, no de la vida en el cosmos, por ello su necesidad de armonía. Esto parece una utopía, pero de la misma manera ocurrió con el iusnaturalismo, iuspositivismo y sus derivaciones posmodernas, porque los procesos de pensamiento humano tardan siglos en implementarse; a pesar de ello, como invita la filosofía de la realidad histórica de Ignacio Ellacuria, es necesario tomar partido, elegir el lado de la historia que se pretende impulsar, por ello, un derecho que busque garantizar política, jurídica y moralmente, desde la realidad histórica las necesidades humanas, teniendo en cuenta las capacidades de los pueblos desde lo real y mediante satisfactores en armonía cósmica, con la finalidad de crear las condiciones de producción y reproducción de la vida en el planeta, es el lado que esta investigación pretende difundir por considerarlo necesario ante el suicidio colectivo humano.[15]

Bibliografía

Alexy, R. (2007). ¿Derechos humanos sin metafísica? *Doxa. Cuadernos de filosofía,* 30, 237-248.

Atienza Rodriguez, M. (2001). *El sentido del derecho.* Madrid: Ariel.

Baquerizo Minuche, J. (9 de julio de 2009). *Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación.* Obtenido de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-colision-derechos.pdf

Beorlegui, C. (2008). *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano.* Madrid: Deusto.

Berger, M. y Carrizo, C. (2019). *Afectados ambientales, aportes conceptuales y prácticos para la lucha, el reconocimiento y garantía de derechos.* Argentina: Ediciones Ciencia y Democracia.

Beuchout, M. (2000). *Tratado de hermenéutica analógica.* México: Itaca.

15 Derivado de las distancias y la tecnología humana actual, no se tiene otro lugar a donde ir, se acaba la naturaleza en el planeta y se acaba la humanidad como especie.

Bruno, D. (2011). La dialéctica histórica de Karl Marx: Aproximaciones metodológicas para una teoría del colapso capitalista. *Hi C Rhodus. Crisis Capitalista, Polémica y Controversias*, 1, 75-86.

Cabedo Mallol, V. (2012). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas.* España: Icaria.

Cámara de Diputados (09 de agosto de 2019). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Obtenido de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf?fbclid=IwAR0X0hd5AMsRU1dFISN76M_psIVyktKeHMGGVPzfFdYSkf_xZZSRHdNXtc

Carafa, L. y Bacaria, J. (2017). *Los grandes retos del Acuerdo de París.* Foreign Affairs Latinoamérica.

Carmona Lara, M.D. (2017). *Derechos del medio ambiente.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Cerrutti, H. (2011). *Filosofía nuestroamericana*. México: Ediciones desde Abajo.

Correas, O. (1996). El pluralismo jurídico y el derecho alternativo. Algunos problemas teóricos. *Enlace, revista de sociología jurídica* (1), 37-53.

De la Torre Rangel, J.A. (2007). *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas.* México: CENEJUS.

De la Torre Rangel, J.A. (2010). *Sobre los inicios de la tradición iberoamericana de los derechos humanos*, de Alejandro Rosillo Martínez "¿Estos no son hombres?" *Epikeira. Derecho y política*, 4, 1-8.

De la Torre Rangel, J.A. (2013). *Iusnaturalismo histórico analógico.* México: Porrúa.

De la Torre Rangel, J.A. (2014). *Tradición iberoamericana de los derechos humanos.* México: Porrúa.

Díaz-Barriga, F. (1996). Los residuos peligrosos en méxico. Evaluación del riesgo para la salud. *Salud Pública de México*, 38(4), 280-291.

Donelly, J. (1994). *Derechos humanos universales.* Traducción de A.I. Stellino. México: Gernika.

Dussel, E. (1988). *Hacia un Marx desconocido. Un comentario de los manuscritos del 61-63.* México: Siglo XXI.

Dussel, E. (1994). *1492 El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad.* Bolivia: Plural Editores.

Dussel, E. (1998). *Ética de liberación. En la edad de la globalización y la exclusión.* Madrid: Trotta.

Dworking, R. (2012). *Los derechos en serio.* Madrid: Ariel.

Ellacuria, I. (1991). *Filosofía de la realidad histórica.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (1998). *Derechos fundamentales y sus garantías. La ley del más débil.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). *Principia iur. Tomo II. Teoría de la democracia.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). *Principia iuris. Tomo III. La sintaxis del derecho.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de filosofía*, 34, 15-53.

Ferrajoli, L. (2011). El constitucionalismo garantista. Entre el paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *Doxa. Cuadernos de filosofía*, 34, 311-360.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. Tomo I. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.

Gadamer, G.H. (1993). *Verdad y método I.* Salamanca: Sígueme.

Gadamer, G.H. (1998). *Verdad y método II.* Salamanca: Sígueme.

García Maynez, E. (2003). *Introducción al estudio del derecho.* México: Porrúa.

Gargarela, R. (2010). Apuntes sobre constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 30-48.

Geertz, C. (2002). *The Interpretation of Cultures*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

González, R.D. (2015). *Del Poder Judicial de la Federación, la administración de justicia antes y después de la Revolución (1910-1920), 100 aniversario de la Constitución de 1917.* México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Habermas, J. (2001). *Teoría de la acción comunicativa II. Critica a la razón funcionalista.* Madrid: Taurus.

Habermas, J. (2003). *La ética del discurso y la cuestión de la verdad.* Buenos Aires: Paidós.

Hartt Dávalos, A. (2001). *Cultura para el desarrollo: El desafío del siglo XXI.* La Habana: Ciencias Sociales.

Hernández Reyna, M. (2007). Sobre los sentidos de "multiculturalismo" e "interculturalismo". *RaXimhai, Revista de Sociedad Cultura y Desarrollo sustentable,* 3, 432.

Ibarra Flores, R. (2010). *Filosofía del derecho mexicano.* México: Trillas.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010). *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Los peritajes culturales y la visión de la pobreza desde su cosmovisión.* San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Kala, J.C. (en prensa). *Consideraciones en torno a la investigación jurídica.* México: Tirant lo Blanch.

Kuhn, T. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas.* México: Fondo de Cultura Económica.

Lakatos, I. (1978). *La metodología de los programas de investigación.* Madrid: Alianza.

León Pinelo, A.D. (1992). *Recopilación de las Indias*. (Vol. 2). México: Escuela Libre de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Universidad de Navarra, Universidad Panamericana, Miguel Ángel Porrúa, Gobierno del estado de Chiapas, Gobierno de estado de Morelos.

Marx, K. (2007). *El capital.* Madrid: Akal.

Maturana, H. (2018). *Emociones y lenguaje.* Santiago: JC Sáez Editor.

Medici, A. (2016). *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano.* México: CENEJUS.

Micalco Méndez, M.M. (2017). *Yax.* México: Porrúa.

Ordoñez Cifuentes, J. (1995). *Conceptualizaciones jurídicas en el derecho internacional público moderno y la sociología del derecho: indio, pueblo y minorías.* México: UNAM.

Ortega Maldinado, J.M.; Monrroy López, B. y Pérez Ramírez, N. (2018). *Los derechos humanos en la globalización.* México: Porrúa.

Otto Apel, K. (1985a). *La transformación de la filosofía. Tomo I.* Madrid: Taurus.

Otto Apel, K. (1985b). *La transformación de la filosofía. Tomo II.* Madrid: Taurus.

Otto Apel, K. (1998). *Ética del discurso y ética de la liberación.* Madrid: Trotta.

Otto Apel, K. (2013). *Paradigmas de filosofía primera.* Buenos Aires: Prometeo.

Pérez Pintor, H. (2012). *La arquitectura del derecho de la información en México, un Acercamiento desde la Constitución.* México: Porrúa.

Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de filosofía*, 21-v2, 339-353.

Prieto de Pedro, J. (2013). *Cultura, culturas y constitución, Premio "Nicolás Serrano".* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ramos García, J.A. (2012). *Los juristas del exilio español en México.* Morelia: Instituto de Investigaciones Históricas.

Revista Jurídica (2016). *Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación.* Facultad de Jurisprudencia, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Salamanca Serrano, A. (2003). *Yo soy guardián mundial de mi hermano.* Berlín: Dieses Bild Anzeigen.

Salamanca Serrano, A. (2010). Iusmaterialismo. Teoría del Derecho de los Pueblos. *Critica Jurídica. Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*, 29, 83-127.

Salamanca Serrano, A. (2015). La investigación jurídica intercultural e interdisciplinaria. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología. *Redhes. Revista de derechos humanos y estudio de sociales*, VII(14), 59-92.

Salgado González, S. (s.f.). El empirismo de David Hume. *Cuadernos de filosofía Duererías / serie Historia de la Filosofía*, 1-26.

Sánchez Cohen, I.; Díaz Padilla, G.; Cavazos Pérez, M.; Granados Ramírez, G. y Gómez Reyes, E. (2011). *Elementos para entender el cambio climático y sus impactos.* México: Porrúa.

Scannone, J.C. (2009). La filosofía de la liberación: Historia, características, vigencia actual. *Teología y vida*, 50 (1-2), 59-73.

Serrano, C. (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas: Derecho internacional y experiencias constitucionales de nuestra América.* San Luis Potosí: UASLP- Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Padre Enrique Gutiérrez.

Soberanes Fernández, J. (2009). *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos.* México: Porrúa.

Thompson, J. (2002). *Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de la comunicación de masas.* México: Universidad Autónoma Metropolitana.

Tunal Santiago, G. y. (2007). *La cultura como objeto de investigación.* Tecsistecatl.

Vargas Mendoza, M.I. (2018). Xavier Zubiri. Un giro hermenéutico hacia la metafísica madura. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 21, 185-228.

Vargas Mergold, A.V. (2016). *La empresa metalúrgica Industrial Minera México en San Luis Potosí. Problemas ambientales con soluciones incoherentes.* Obtenido de https://colsan.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1013/230/3/La%20empresa%20metal%C3%BArgica%20Industrial%20Minera%20

M%C3%A9xico%20en%20San%20Luis%20Potos%C3%AD.pdf?fbclid=IwAR1_RmyNVBZn4BF-rmu2HftARQ9-qBhcQWrd-vVVGCSrelzCyYQanU2lQN0s

Vázquez Rodríguez, C. (2013). *Los derechos difusos y su protección jurídica.* México: Artes Gráficas La Impresora.

Vázquez, D. (2016). *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Velasco, H. (2014). Múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos de la UNESCO. *Series Filosóficas,* 33.

Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. (s.f.). ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano? Recuperado de: http://latinoamerica.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/134/2015/01/Viciano-Pastor-Articulo.pdf

Zubiri, X. (1998). *Inteligencia sentiente.* Madrid: Alianza.

La crisis del positivismo jurídico y la subjetividad-relativismo posmodernos, como condiciones de posibilidad del pluralismo jurídico

Luis Moreno Diego

Introducción

El pluralismo jurídico ha venido constituyéndose a manera de nuevo paradigma, de nuevo soporte y horizonte hermenéutico e interpretativo del quehacer científico y filosófico en el derecho; para que este fenómeno se conforme, varios elementos confluyen. En el presente trabajo, se pretende analizar y revisar críticamente la crisis del positivismo de la segunda mitad del siglo XX y el campo semántico del subjetivismo-relativismo posmodernos como elementos no causales, sino íntimamente relacionados a las causas y como condiciones de posibilidad del fenómeno paradigmático aludido.

Para lograr tal propósito, es necesario establecer la presencia y necesidad de los elementos condicionantes que hacen posible el ejercicio de la causalidad de la cual emerge el paradigma de los siglos XX-XXI con relación a una nueva visión del derecho, misma que parece estar en sintonía con los derechos humanos y una reinterpretación antropológico-jurídica.

Igualmente, es pertinente también, después de mostrada la presencia y necesidad aludida, evidenciar el nexo ontológico-condicionante entre los fenómenos crisis-subjetivismo-relativismo, y la conformación mediante ellos del pluralismo jurídico, así como precisar y distinguir los campos semánticos de causa, condición, ocasión. Precisamente, aquí radica el problema principal del presente artículo: mostrar la relevancia de la crisis del positivismo aludida y del subjetivismo-relativismo posmodernos como elementos, requisitos y disposiciones necesarias para el surgimiento del paradigma jurídico que nos ocupa: el pluralismo jurídico. Nótese que no se está determinando la presencia de dicha crisis y elementos posmodernos, como elementos causales, sino como condiciones de posibilidad; es decir, elementos coadyuvantes y favorecedores del paradigma anunciado; dicha aseveración puede constituir un elemento de radical trascendencia, al estar uniendo en su constitución originaria al paradigma de pluralismo jurídico, como una respuesta posible al iuspositivismo y estableciendo la identidad originaria del paradigma que nos ocupa con una relación filial, o por lo menos fraternal, con la cultura postmoderna y con todo lo que ello implica.

La crisis del iuspositivismo en la segunda mitad del siglo XX

El cambio paradigmático de una ciencia-área del saber es exigible, no por la práctica académica ni por nuevas visiones epistemológicas, sino integrando los elementos anteriores (práctica-visión epistemológica), es exigible mayormente por la realidad abordada en dicha ciencia o área del saber, dado que la cosmovisión hermenéutico-explicativa que se implementa hasta ese momento, ya no posibilita el *mostramiento de realidad* que tal visión científica está realizando, pues muestra más bien una expresión parcial —parcializada, sesgada, ideologizada, etcétera— de tal realidad u objeto de estudio.

Efectivamente, el inicio del fin del positivismo, puede manifestarse en los momentos de la existencia e historia, a través de la llamada crisis de la posguerra —que se presentó en el momento

inmediato posterior a la Segunda Guerra Mundial—, donde encontramos el deterioro de las ideas y postulados del iuspositivismo y, finalmente, el colapso del mismo. En lo que refiere a la discusión y fundamentación jurídico-académica, se dio en los años setenta (Massini, 2005: 217), por supuesto, en la particularidad geográfica e ideológica occidental, de impronta europea, sin menoscabo de la práctica jurídica y de impartición de justicia en la mayor parte del occidente cultural, las cuales continuaron siendo de índole positivista todo el siglo XX, incluso en nuestros días sigue siendo en buena parte de América Latina.

Aquella idea de la tajante separación entre el orden jurídico y la dimensión ética de exigibilidad en el derecho —por ejemplo la justicia, constituida a manera de postulado, afirmación ideológica y actitud propia del positivista— comenzó a diluirse, fenómeno que podemos evidenciar si tomamos como punto referencial inicial el positivismo craso de Hans Kelsen, donde, en efecto, existe una clara y abismal separación entre tales elementos: el orden jurídico en un extremo y la dimensión ética en el otro, y apareciendo contundentemente irreconciliables. El proceso de disolución se concreta en el devenir del siglo XX, a saber, primeramente con Alf Ross y el realismo sociológico jurídico, mismos que, antecedidos por la Escuela de Upsala, abren la visión normativista del derecho a la consideración social y a la cosmovisión normativista del iuspositivismo con el ingrediente social.

Otro momento de apertura del iuspositivismo se presencia en la tradición analítica inglesa y su expresión-prolongación italiana; en efecto, el inglés H.L.A. Hart integra elementos de consideración moral en la elaboración científico-jurídica desde elementos morales manifiestos en el lenguaje hasta ciertos atisbos de elementos reales de naturaleza moral en la consideración y abordaje jurídico, fenómeno este último presente también con el italiano Norberto Bobbio, y quedando abierta así la consideración jurídico normativa a las cuestiones sociales, lingüísticas y morales; por ello es que precisamente se le ha llamado a esta expresión iuspositivista italo-inglesa como *positivismo suave*. Al respecto, una fuerte expresión en torno a la viabilidad de ello lo encontramos en uno de los autores de inicial origen positivista, como Dworkin

(1985: 115), quien manifiesta: "El punto de vista del positivismo legalista es equivocado y, en definitiva, profundamente corruptor de la idea y del imperio del derecho".

Intentando situar el porqué de la crisis aludida, pueden enunciarse tres elementos causales: el primero, de *índole ético-político*, consiste en la fuerte reacción moral de gran parte de ciudadanos interesados por la problemática ética ante situaciones propias de la guerra-posguerra, e incluso también por un cúmulo de personas con una mínima sensibilidad moral que reaccionaron fuertemente ante los efectos y expresiones degradantes —algunas veces aniquilantes— de la persona humana, los efectos de los totalitarismos comunista y nacionalsocialista, así como contra los campos de concentración —métodos de sumisión inhumanos—, el desconocimientos de categorías humanas y el aniquilamiento conceptual-real de los sujetos de derechos.

La argumentación y oposición de esta comunidad crítico-ética consistió fundamentalmente en una agresión a los postulados iuspositivistas como fundamentación de tales efectos socio-políticos, a saber, se negaban a considerar como derecho, por lo menos en su significación central, a un sistema normativo con particularidades normativas intrínsecamente opresivas, excluyentes e incluso criminales, las cuales precisamente eran difícilmente sostenibles, sin el referente o soporte de elementos o criterios éticos que soportaran y evidenciaran la naturaleza humana del derecho y no sólo como mero instrumento de control social, por encima de la identidad propiamente jurídica: normas de carácter social conformadas en el devenir y expresión cultural-axiológico de la vida humana, para la realización de los individuos. Estas pretensiones ético-jurídicas, fueron creciendo y conformando una actitud generalizada, hasta culminar en una cuestión institucional, "cuando los tribunales alemanes negaron condición jurídica a normas y resoluciones adoptadas por los organismos nazis de gobierno que implicaban graves violaciones de principios éticos en materia de justicia" (Massini, 2005: 17-18).

Un segundo elemento causal de la aludida crisis del iuspositivismo es, añadido al fenómeno anterior, *la creciente presencia de la revisión ética en las resoluciones judiciales y la universalización de*

los derechos humanos. Acerca del primero, debe ser mencionada la gran actividad analítico-revisora que implementó Ronald Dworkin en Estados Unidos de América, donde estudió el uso de principios y elementos de carácter ético en las resoluciones de los tribunales, especialmente en los que él llamó "casos difíciles". Paralelamente a ello, recordemos que entre los años 1945-1948 acontece la llamada universalización de los derechos humanos, que se concretiza en la Carta de Naciones Unidas (1945), con la Declaración americana de derechos y deberes del hombre (1948) y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) (AA, 2003: 109). Ante la visión incorporativa de los derechos humanos como fuente de soluciones en los conflictos y asuntos jurídicos en los distintos referentes jurídicos nacionales, a pesar de la *positividad* mínima, menguada o algunas veces inexistente, y de su raigambre notablemente ético-valorativa de la visión jurídica kelseniana; es decir, el positivismo normativista estatalista, tuvo que ceder en su actitud de sistema normativo independiente y completo, para abrirse a concepciones holísticas, integradoras de un concepto de derecho amplio que supera la reducción empirista, la reducción positivista y, sobre todo, la reducción iuspositivista a la norma.

Un tercero y último elemento causal está constituido por *el replanteamiento epistemológico de los filósofos de la cienc*ia, a saber, según el paradigma positivista, el verdadero conocimiento sólo podía ser denominado *científico*, cuando cumplimentaba las siguientes características:

- Constituía un conocimiento meramente experimental y, por lo tanto, exacto.
- Era puramente descriptivo y, por lo tanto, libre de cualquier tipo de valoraciones.
- Se enfocaba y limitaba a objetos materiales cuantificables, enfáticamente situados en el ámbito de la experiencia.

Pues bien, este modelo positivista fue cuestionado, evidenciando su carácter exclusivista y reductivo; por un lado, por los filósofos de la ciencia, Thomas Kuhn, Imre Lákatos, Paul Feyerabend y, el maestro de los anteriores, Karl Popper; y por otro lado, por los filósofos de corte realista, conjuntamente unos y otros, impugnaron y rechazaron el modelo excluyente científico-positivo

como referente paradigmático y único de todo acceso epistemológico, proponiendo modelos cognoscitivos varios, por la vía fenomenológica, lingüístico-estructural, ontológica, hermenéutica y filosófico-práctica, entre otros.

Así, la epistemología contemporánea, en el campo de las ciencias humanas y las ciencias sociales, ha apostado por un replanteamiento del problema y concepto de la experiencia, ampliándolo a todo un campo de realidades prácticas; igualmente ha implementado la diversificación de los métodos cognoscitivos en busca de adecuación y mejor acceso al objeto estudiado, siendo consciente de las distintas vertientes y perspectivas de abordaje epistemológico (Massini, 2005: 220-221).

Ahora bien, estos elementos de crisis y posterior aniquilación del positivismo generan, a su vez, varios escenarios y proyecciones científicas, filosóficas y jurídicas en el espacio temporal que el occidente ha denominado postmodernidad o transmodernidad, sobre todo en su expresión del último tercio del siglo XX:

- *Replanteamientos de corte epistemológicos*. Tanto en el plano de la ciencia como en el de la filosofía, con la consecuencia práctico-jurídica. En la expresión teórica posmoderna se ha planteado la superación de la teoría del sujeto moderno, omnipotente, omnisapiente, centro de la existencia para el autor de la modernidad, y ha transitado a una teoría intersubjetiva que construye y dictamina o no los contenidos y existencia del correspondiente objeto en cuestión, para finalmente culminar —bajo el influjo del pensamiento nietzcheano— en una postura intersubjetiva nihilista, donde, efectivamente, hay nada, o en todo caso va a depender de la perspectiva, intereses e interpretación de los hechos, etcétera; es decir, la existencia del objeto en cuestión va a estar con relación a la interpretación, el horizonte de intereses, la confluencia de elementos y lucha de poder.[1]

1 Por ello es pertinente —en coherencia con la actitud posmoderna— el grito de Vattimo: "adiós a la verdad", en buena parte porque el referente del objeto real-ontológico se ha disuelto, extinguido, en las distintas percepciones de la participación intersubjetiva de la comunidad dialogante; por ello, también es pertinente y en coherencia con la actitud posmoderna, el eco del grito nietzcheano ahora en el grito de Foucault "el hombre ha muerto" (Cfr. Vattimo (2010) y Foucault (en Deleuze, 2016).

- *Replanteamientos jurídico-políticos*. Un elemento de cambio substancial entre modernidad-posmodernidad se presenta en el terreno político, lo cual conlleva una cosmovisión jurídica igualmente diferente en la modernidad y en la posmodernidad. En la modernidad encontramos una visión estatalista del derecho, misma que fue producto de la conformación de los grandes estados resultantes de la disolución de la sociedad medieval. El estado moderno, mediante la sociedad nacional y a través de un cierto proceso de monopolización de la producción jurídica fue conformando un sistema y ordenamiento jurídico, conforme él lo necesitaba, lo legitimaba y utilizaba; esto generó una idea de derecho estatal o derecho del estado, misma que culminó en la tendencia de identificación entre derecho y derecho estatal, como consecuencia de la concentración del poder normativo y coactivo, propio del estado nacional moderno (Bobbio, 2002: 9); sin embargo, esta visión entra en crisis en la posmodernidad, pues, en efecto, la posmodernidad denuncia la crisis de la noción de *estado nacional*; por otra parte, dado que el correlato jurídico ha entrado en el debilitamiento de aquella idea que identificaba el derecho con la norma jurídica, como producto de la actividad monopólica de ese mismo estado. Por tanto, el referente de estabilidad impositiva y autoritaria del estado en el derecho de otro momento se disuelve y el derecho en la posmodernidad pierde el soporte político-ontológico, apareciendo como un fenómeno atractivamente abierto a un amplísimo margen de interpretaciones y lecturas semántico-jurídicas propias de la cultura posmoderna, que brevemente se expresan a continuación.
- *Replanteamientos culturales.* El momento posmoderno gira en torno al modelo del cambio-flujo constante donde nada es estable. La posmodernidad aparece como un fenómeno difícilmente conceptualizable, como un cambio de época en una complejidad y a definibilidad, así como con expresiones confusas, imprecisas y ambivalentes, donde, en todo caso, puede identificarse la aversión a una razón totalizante, universal, rígida, que todo lo simplifica mediante sistemas y ex-

plicaciones cerrados. En último término, en la posmodernidad puede encontrarse la confluencia de sus teorías, en el hecho de que no existe criterio único de verdad; por lo tanto, la existencia humana en el devenir cultural se implementa en la búsqueda constante, dinámica —que siempre está cambiando— de criterios pragmáticos y estéticos que suplen la búsqueda-existencia de la verdad como criterio referencial de la existencia humana.

- *Replanteamientos ideológico-jurídicos.* El desarrollo del pensamiento humano, así como la teoría y actividad jurídica, dejan de implementarse en una línea unidireccional, se abandona la visión unidireccional político-normativa para iniciar la apertura al influjo de las expresiones y complejidad de las problemáticas sociales y a los aportes-discusiones de la comunidad meta-jurídica o, también, desde la reflexión jurídica se integran experiencias y realidades vitales no contempladas en una visión hermética unidireccional del derecho, y cuyas soluciones proyectadas pueden ser diferentes a las previstas por el sistema jurídico, obteniendo así una visión y práctica del derecho desde una noción de sistema jurídico abierto, flexible que interactúa con otros saberes en búsqueda de respuestas. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo "El derecho flexible" de Catherine Thibierge (2018), del centro de investigaciones jurídicas Pothiers de la Universidad de Orleans. Por otro lado, bajo la dinámica ideológica de la antropología posmoderna se subraya la individualidad y culmina en un subjetivismo y relativismo, así como en un perspectivismo como referente epistemológico posmoderno; en lo que concierne al saber jurídico, este soporte ideológico conforma una visión de sistema jurídico abierto, también abierto a la posibilidad hermenéutico-interpretativa de cada sujeto humano, que soporte la teoría y práctica jurídica igualmente en la relatividad, subjetividad y perspectivismo. Pertinentes son ante esto las palabras de Carlos Massini (2018).

Por otra parte, y como lo ha mostrado con precisión Leo Strauss, el relativismo nihilista adquiere un carácter decisivo y absoluto, ya que los valores que han perdido objetividad son ab-

solutamente todos, aún los subjetivos, y nada puede justificar racionalmente, con lo que, en el campo jurídico, todas las soluciones serían el resultado de la mera irracionalidad y el sinsentido... Por lo tanto, no es posible hablar en este contexto de principios jurídicos, de objetividad de ningún tipo, de derechos humanos inexcepcionales, de corrección o incorrección de las argumentaciones, de valores o bienes jurídicos ni en rigor de nada, ya que todo carece de valor epistémico, ontológico o de cualquier otra índole. Difícil será, por lo tanto, elaborar sobre estas bases una teoría jurídica de algún valor positivo o de algún interés práctico.

La subjetividad y relatividad en la teoría-cultura posmoderna

La posmodernidad marca la superación de la modernidad dirigida por las concepciones unívocas de los modelos cerrados, de las grandes verdades, de fundamentos consistentes, de la historia como huella unitaria del acontecer. Constituye, el paso del pensamiento fuerte, metafísico, de las cosmovisiones bien perfiladas, de las creencias verdaderas, al *pensamiento débil*, a una modalidad de *nihilismo débil*, donde:

> El pensamiento débil no es un pensamiento de la debilidad, sino del *debilitamiento*: el reconocimiento de una línea de disolución en la historia de la ontología; el debilitamiento del ser (de la noción del ser), el darse explícito de su esencia temporal —también, y sobre todo, de su efimeridad, nacimiento, muerte, transmisión marchita, acumulación anticuarial— repercute profundamente sobre nuestro modo de concebir el pensamiento y el *ser-ahí* que es su 'sujeto'. El pensamiento débil querría articular estas repercusiones, y preparar así una *nueva ontología*; no superadora, normativa, edificante, sino abierta a la caducidad que hace posible toda experiencia del mundo (Vattimo, 1998: 38-39).

El nihilismo del cual habla Váttimo no es resentido o nostálgico; es decir, trágico, obsesionado por el derrumbe de lo absoluto y por el pathos del no-sentido. No es tampoco fuerte, tendido a edificar un nuevo absolutismo entre los escombros de la metafísica;

es decir, un nihilismo que sustituye la voluntad del hombre a la voluntad creadora de Dios. Recordemos que, según Vattimo (1998), los creadores del posmodernismo son Nietzsche y Heidegger. Del primero, hereda el anuncio de la "muerte de Dios", esto es, la teoría de la ausencia de los valores absolutos metafísicos:

> Ahora bien, ¿cuál puede ser el curso de la historia del ser tras la *muerte de* Dios y la profunda crisis del pensar fundacional —es decir, de la metafísica en todos los órdenes epistemológicos y experienciales? No otro, piensa Váttimo, que el de un trayecto nihilista, de disolución, de liquidación, debilitamiento y mortalidad del ser y sus categorías *fuertes*, violentas (las *causas primeras*, el *sujeto responsable*, la voluntad de poder entendido como *dominio*, la evidencia que se *impone* como verdadera...), que poco a poco se han ido debilitando, justo en la misma medida, cree el filósofo italiano, siguiendo también en esto a Nietzsche, en que las condiciones de vida del hombre menos extremas han ido permitiendo prescindir de tan aplastantes seguridades. Así pues, no el ser fuerte de la metafísica, sino un ser débil, despotenciado, que deviene, nace y muere, se da ahora a nuestra experiencia epocal y al pensar como única indicación posible: 'Experimentar el nihilismo como la única posible vía de la ontología' (Vattimo, 1998: 43).

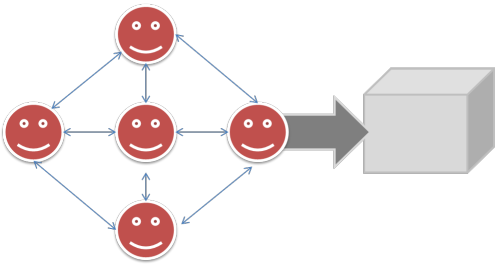
De Heidegger hereda la concepción epocal del ser, es decir, la tesis según la cual "el ser no es, más acontece" y el convencimiento consecuente, según el cual, el acontecer del ser no es más que el abrirse lingüístico de las varias aperturas histórico-destinales. Esta ontología epocal comporta, según Váttimo, una temporalización radical y un debilitamiento estructural del ser. Así, el proceso de debilitamiento del ser, el fin de la metafísica y el triunfo del nihilismo son fenómenos profundamente interconectados y dependientes.

El individuo posthistórico y postmoderno son aquellos que, después de pasar a través del fin de las grandes síntesis unificantes, logran vivir, *sin neurosis*, en un mundo en el cual Dios es nietzscheanamente muerto; es decir, en un mundo en el cual ya no existen estructuras fijas y garantizadas, capaces de una fundación

única, última, normativa para nuestro conocimiento y nuestra acción. En otros términos, el individuo postmoderno es el que, no necesitando ya la seguridad extrema de tipo mágico que era dada por la idea de Dios, ha aceptado el nihilismo como posibilidad, como destino, y ha aceptado vivir sin ansias en el mundo relativo de las *medias verdades*, con la conciencia de que el ideal de una certeza absoluta, de un saber totalmente fundado y de un mundo racional cumplido, son sólo mitos *asegurantes* para una humanidad todavía primitiva y bárbara.

Por otro lado, para Jürgen Habermas, la verdad independiente de los sujetos no existe; existen actos del habla con pretensiones de validez, dado que un acto de habla es verdadero en la medida en que en él puede corroborarse el asentimiento de cualquier participante racional en una comunidad de diálogo, por lo tanto, para llegar a conformar esa identidad racional de verdad es necesario consensuarlo entre todos los miembros participantes de la comunidad de discurso racional, derivándose, por lo tanto, la disolución del sujeto en la comunidad intersubjetiva de diálogo y si se pretende algún referente de objetividad ontológica, es decir, *realmente objetiva*, debe explicitarse que esa objetividad es inexistente; en todo caso, podría hablarse de una formalidad que se va construyendo en ese diálogo por los mencionados participantes y, por lo mismo, sólo tiene una identidad intersubjetivamente constituida.

Por lo tanto, el conjunto epistémico de conocimientos y afirmaciones (dado que no puede hablarse de verdad), van a ser conformados mediante el consenso, el cual es el resultado del diálogo y discusión de la comunidad hablante, una comunidad racional, con iguales oportunidades de existencia y expresión discursiva. Puede esquematizarse lo anterior de la siguiente manera:



Donde se observa que, si bien de alguna manera puede hablarse de sujeto, parece pertinente mejor hablar de una comunidad de individuos que hacen, piensan, construyen y consensan respecto de lo que sea y de lo que no sea, bajo el supuesto de que la realidad —como último reducto posible objetual de la existencia, que no dependa del sujeto, sino que exista en sí misma, independientemente del sujeto creador, constructor— depende de dicha comunidad de hablantes. Por su parte, el objeto o la posibilidad y sustento de objetividad, como el mismo esquema lo presenta, es una posible existencia en liquidación, es una posibilidad construida conforme a las percepciones, interpretaciones, perspectivas y, sobre todo, conforme al acuerdo de los dialogantes. Por ello, es pertinente ahora el grito ideológico, ya no sólo de Nietzsche, respecto de "Dios ha muerto", sino al grito de Foucault: "El hombre ha muerto" (Deleuze, 2016). Ya no existe garante alguno ni soporte de conocimiento objetivo, en cambio, existe brillantemente una conformación *objetiva* en una complejidad formal constitutiva de criterios, acuerdos, elementos definitorios que posibilitan el sustento del conocimiento.

Efectivamente el sujeto humano, ha sido disuelto también en la posible construcción ideológico-cultural propia de los participantes en la comunidad de diálogo, comunidad mayormente de corte e intenciones-inquietudes (foucaltianamente debemos decir) políticas, dado que la política constituye ahora la cumbre de la expresión cultural de nuestro tiempo, donde precisamente la verdad se diluye y a su vez se conforma por dicha comunidad y sus referencias paradigmáticas.

Varias son las notas y elementos propios, característicos del hombre-cultura posmodernos, enfaticemos dos de ellos que para la pretensión del presente trabajo son de radical importancia. El relativismo y el subjetivismo. Una notable característica de la forma de pensar del humano de nuestros días es *el relativismo*, aun cuando es una antigua doctrina, hoy en día es una doctrina epistemológica y ética eminentemente viva. Para el relativismo no existe una distinción real, de fondo, entre lo verdadero y lo falso, sino que esa distinción va a estar en referencia al contexto y, por tanto, puede variar en cuanto cambie el contexto personal, social, etcéte-

ra; igualmente hay tantas verdades como contextos se presenten. En otro sentido, puede decirse que la verdad va a depender de varios elementos y puede variar o incluso contradecirse, dependiendo de contextos, opiniones, percepciones e incluso intereses. Gabriel Andrade (2013: 83), explicando el relativismo, nos expresa: "En función de ello, personas en contextos divergentes pueden sostener puntos de vista contradictorios y aun así conservar la verdad, pues la verdad es relativa al contexto".

La concepción enfática de la posmodernidad en las diferencias y la también enfática visión de vivir en un mundo plural, convive armónicamente en el humano posmoderno con la cultura del relativismo, en la cual, lo que cada quien crea y construya será válido según la cultura o la realidad en que se viva. Como el relativismo absoluto en sí mismo es insostenible, pues se tiene necesariamente que buscar referentes para soportar ideas, pensamientos, formas de ser y entender, etcétera. Algunos relativistas han querido implantar un criterio de referencia, sosteniendo que la unidad contextual elemental debe ser el mismo individuo; por lo tanto, la verdad, sería el reflejo de la percepción de cada individuo, actualizando aquel adagio de nuestro tiempo: "Todo depende del cristal con que se mira". Así, "todos los hombres tendrían su propia verdad; cada hombre sería un cristal con que se mira la realidad, de lo cual se deriva que la realidad es inherente a cada sujeto" (Andrade, 2013: 83). Recordamos y actualizamos así a Protágoras de Abdera (siglo V a.n.e.) con aquella famosa frase que sintetiza su pensamiento centrado en el hombre: "El hombre es la medida de todas las cosas" y, por lo tanto, determina qué son y cómo son.

De esta manera, la objetividad quedaría automáticamente extinguida, pues el relativismo sería un corolario del subjetivismo y se opondría naturalmente a la posibilidad existencial de la objetividad, dado que como se ha afirmado, la experiencia subjetiva de cada individuo sería la medida de todas las cosas, anulando cualquier posibilidad ontológica o incluso imaginable de verdades objetivas. Igualmente, el relativismo se nos aparece como una doctrina opuesta al universalismo, que plantearía la existencia de verdades universales, así como una escala de valores universales, concepciones e ideas que, por supuesto, no tienen espacio ni cabi-

da en la sociedad plural, donde cada quien define, declara y decide lo que es, así como lo que no es. Así, "sea lo que fuere lo que entendemos por *conocimiento*, ya no puede ser más la imagen o la representación de un mundo independiente del hombre que hace la experiencia. Heinz Von Foerster lo ha dicho con ejemplar concisión: "La objetividad es la ilusión de que las observaciones pueden hacerse sin un observador" (Glasersfeld, 2010).

La modernidad, en su momento, creía entusiastamente en el progreso de la humanidad, presuponiendo hegelianamente el devenir hacia algo mejor; es decir, la modernidad presuponía que algunas sociedades eran mejores que otras, el relativismo de nuestro tiempo no contempla y, en cambio, niega la existencia de patrones universales que posibiliten el medir y comparar los valores y vicios de las sociedades, tengamos en cuenta que ya se ha afirmado, en el presente texto, que la calificación y distinción entre lo bueno y lo malo es relativa, depende de cada contexto, y más aún va a estar en referencia de cada individuo, por ello cada ser humano dictamina lo que es verdadero y lo que es falso, lo que es bueno y lo que es malo; más aún, lo que es y lo que no es. Puede percibirse una actitud sumamente cómoda en el relativismo posmoderno porque, coherentemente, no habría entidad-institución alguna o valores superiores que orientasen o condujesen el devenir en nuestro tiempo; por ello, *cada quien tiene su propia verdad* y, por lo tanto, *todo se vale.* Si podemos percibir —aparte del criterio y principio de realidad— que, en párrafos anteriores veíamos tambalearse, ahora, asistimos a la negación de la existencia de la verdad pues, de hecho, se admite por parte de los posmodernos la inexistencia de la verdad, a propósito de ello está la obra de Vattimo (2010).

El relativismo, en la historia contemporánea, ha sido y estado muy relacionado con el pragmatismo, sobre todo en su expresión norteamericana, pues si bien todo depende de cada quien, esa referencia de dependencia va a estar también con relación a lo útil y el provecho del individuo, por ello, algunos individuos invocan el provecho y la utilidad como criterio de distinción entre lo verdadero y lo falso. "Este criterio procede del pragmatismo, la doctrina filosófica según la cual lo verdadero es aquello que sirve

algún propósito provechoso. Según este criterio, si una creencia trae resultados beneficiosos, entonces es verdadera" (Andrade, 2013: 97).

Algunos posmodernos implementan este relativismo en el ámbito moral, lo cual es previsiblemente lógico, pues si la verdad depende de cada quien, igualmente se hará con el bien. Los posmodernos no niegan la existencia y la distinción entre lo bueno y lo malo, al contrario, aceptan dicha existencia; sin embargo, manifiestan que esos valores, sobre todo los morales, no pueden tener rango alguno de universalidad, es decir, no poseen validez universal y por lo tanto no son aplicables de igual manera a todos los hombres, porque, más bien, el problema del bien lo define cada ser humano en ejercicio de su propia voluntad y libertad; otra vez nos aparece cierta relación de origen con el ícono de la modernidad racionalista, el gran Kant, iniciador —según la historia de la ética— de la vertiente de una ética autónoma, centrada en el sujeto humano.

Ante este relativismo moral posmoderno, parece ser necesario expresar que, si bien es cierto que el relativismo descriptivo sostiene solamente que aquello que se considera bueno y malo, es relativo a cada contexto, pero nuevamente eso no implica admitir que la distinción entre lo bueno y lo malo sea relativa (Andrade, 2013: 145).

Otro elemento presente en este relativismo moral es que, junto al elemento referencial invocado algunas veces como soporte de la ética que sería el individuo, además, suele encontrarse en el discurso posmoderno la invocación del criterio de la mayoría para distinguir lo bueno de lo malo; por lo tanto, si en un contexto determinado y ante una práctica la mayoría está de acuerdo o avala dicha práctica, entonces esa práctica será considerada buena. Ante ello, la historia en su devenir ha mostrado lo contrario, baste de ejemplo el caso Galileo Galilei. Sensatamente puede decirse que "el hecho de que una mayoría acepte como buena una práctica no implica que esta sea buena. Así como el consenso no es un buen criterio para distinguir lo verdadero de lo falso, tampoco lo es para distinguir lo bueno de lo malo" (Andrade, 2013: 149).

La conformación de una nueva forma de entender la existencia, en el postpositivismo y en la subjetividad-relatividad posmoderna

El siglo XX, sobre todo en su segunda mitad, con grandes gritos invocaba la emancipación y aniquilación de dos grandes ideas heredadas de la modernidad, ideas que se soportaban en la supremacía y universalidad de la razón, a saber, la idea del estado-nación y la idea del progreso. La nueva expresión intelectual y cultural, pretenderá, ante la idea primera —la de los nacionalismos que degeneraron, secuestrando la razón en la expresión y afirmación de una cultura, culminando en el genocidio—, vislumbrar al estado como una unidad de pueblos, de regiones, de etnias; ante la segunda idea, pretende superar la visión subordinante de la multiplicidad cultural a la sola manifestación de la razón occidental, la nueva visión pretende comprender la razón como resultado de una compleja pluralidad de expresiones y culturas (Villoro, 1999: 9), mucho más allá del eurocentrismo o conforme al pensamiento de Jacques Derrida, más allá del logocentrismo.

Ahora bien, estas conformaciones semánticas elaboradas en las estructuras históricas e ideológicas, han conformado uno de los conceptos-campos semánticos mayormente referenciados en nuestros días, desde finales del siglo XX hasta las dos primeras décadas del XXI, pues efectivamente confluyen en él referentes, elementos y constructos de índole político, jurídico y religioso, como son el pluralismo, tanto en general como específicamente el pluralismo jurídico.

Si bien es cierto que estamos aludiendo al pluralismo en el último siglo, parece pertinente la consideración en torno a la conformación conceptual, tanto remota como próxima del concepto aludido: campo semántico.

En el devenir histórico, la idea y campo semántico de pluralismo aparece profundamente imbricado con el concepto de tolerancia durante el siglo XVII , recordemos la *Carta sobre la tolerancia* de John Locke (1689) y el posterior *Tratado sobre la tolerancia* de Voltaire (ya en 1763), idea notablemente relacionada también con el movimiento de la reforma religiosa (calvinista y luterana),

específicamente con el Puritanismo (tanto inglés como norteamericano); para los miembros activos de éste último movimiento en el siglo aludido, las ideas de *democracia* y *libertad* no eran bien vistas ni aceptadas comúnmente. En esta conformación remota hay que tener en cuenta que si bien está naciendo la connotación semántica, el sentido aquel es diverso desde nuestras miradas, dado que, por ejemplo, la reforma luterana y calvinista pluraliza las iglesias; sin embargo, en esa ruptura y fragmentación hay nada de suyo pluralista, pues recordemos que, mientras la tolerancia respeta valores ajenos, el pluralismo afirma un valor propio que es en efecto, lo que realiza la primera comunidad calvinista y luterana, siendo así que los reformados buscaban afirmar e institucionalizar esa nueva concepción cristiana renovada, ante la cual eran poco tolerantes; al igual que los puritanos, quienes propugnaban por la libertad de conciencia y de opinión que, sin embargo, realmente estaban afirmando la libertad de su propia conciencia y opinión, siendo después intolerantes ante las opiniones y religiones ajenas (Sartori, 2001: 17-20).

La expresión próxima del concepto en cuestión puede situarse durante el siglo XIX, que es cuando se acuña el término pluralismo, y en el siglo XX, cuando dicho concepto se integra en el vocabulario de la política; sin embargo, la connotación semántica en su devenir fue diversa, pues "los pluralistas ingleses de principios del novecientos [...] redujeron el pluralismo a una teoría de la sociedad multigrupo entendida para negar la primacía del estado" (Sartori, 2001: 28).

Esta evolución conceptual, en evidente pobreza significativa, avanzó con los pluralistas norteamericanos de los cincuenta, desembocando en una pura y simple teoría de los grupos de interés que, como puede percibirse, no existe en esta visión un contenido auténticamente pluralista y, por lo tanto, se ha volatilizado la idea del pluralismo como valor.

En esta revisión de la conformación semántica del pluralismo en la historia y, pretendiendo esbozar una concepción sensata en su connotación actual, es pertinente remitir a tres elementos y vertientes en la comprensión del pluralismo, misma que con Giovanni Sartori expresamos, distinguiendo:

- *El pluralismo como creencia*. Es la visión equivalente a la sociedad secularizada, pues pluralismo y secularismo son campos semánticos complementarios, dado que no puede haber visiones monistas en una cultura secularizada. Una visión pluralista equivale a una cultura que se afianza en su conciencia histórica y en la tolerancia, consecuentemente, se encuentra en ella la variedad y no la uniformidad, la discrepancia y el cambio, no la unanimidad ni la inmovilidad. El pluralismo está orientado al respeto de una multiplicidad cultural con la que se encuentra; sin embargo, no es su tarea el constituirlo, en cambio, si el multiculturalismo separa es agresivo con otras culturas e intolerante, se constituye en la negación misma del pluralismo.
- *El pluralismo social*. No debe confundirse con cualquier diferenciación social. Es un hecho que todas las sociedades están diferenciadas de muchas maneras, ello no implica que la diferenciación sea pluralista y que, por tanto, no se debe confundir una complejidad estructural con un tipo específico de estructura social pluralista.
- *El pluralismo político*. Cuando las distintas partes de la sociedad se conforman en partidos, como expresión de una pluralidad de grupos independientes y no exclusivos, puede hablarse de una poliarquía; es decir, una diversificación del poder, pues, efectivamente, éste no debe estar concentrado en una única entidad. En el ámbito político, en ello consiste la noción pluralista. En esta connotación, puede pensarse que el pluralismo se implementa y refleja sobre la noción del consenso y el conflicto, igualmente la democracia; sin embargo, no es así, más bien el *quid* de la concepción pluralista tiene que ver con la dialéctica del disentir, misma que presupone, en parte, el consenso y, también en parte, la intensidad del conflicto, pero que no se resuelve ahí.

Ahora bien, si teóricamente nos interesa situar el pluralismo como corriente de pensamiento, identificando su posición ideológica, así como sus soportes y alcances, se impone como necesario en el trabajo explicitar la referencia epistemológica y ética, ante ello:

> La fundamentación epistemológica del modelo pluralista descansa en la tesis de que la realidad *se deja* conocer de muchas maneras diferentes. Pero no cualquier cosa puede pasar por conocimiento. La fundamentación ética del modelo pluralista se basa en la tesis de que no hay normas morales de validez absoluta para juzgar como correctas o incorrectas las acciones de las personas, ni hay criterios absolutos para evaluar las normas y los sistemas normativos. Esto, desde luego, no significa que cualquier acción pueda justificarse desde un punto de vista moral. En suma, el modelo pluralista sostiene que hay una diversidad de puntos de vista, de formas legítimas de conocer e interactuar con el mundo, y de concebir lo que es moralmente correcto (Olive, 1999: 19).

Conclusiones

El título del presente artículo es lingüística y formalmente de corte kantiano; sin embargo, el fondo semántico, material y de revisión está implementado desde una visión y soporte teórico realista, no desde un realismo ingenuo que pudiera pensar en la plasmación fiel e intacta de la realidad en el intelecto humano, sino desde aquel planteamiento teórico que, siendo consciente de los condicionamientos históricos, sociales, psicológicos, ideológicos, afirma que el ser humano capta la realidad o ese mínimo reducto de realidad que posibilita ontológicamente el proceso epistemológico (donde alguien capta cognoscitivamente algo y esos dos elementos *alguien* y *algo* son, ambos, realmente existentes). Por lo tanto, para explicitar la connotación de *condición de posibilidad*, recurrimos a soportar esa visión en la obra de Tomás Alvira, Luis Clavel y Tomás Melendo (1998), quienes distinguen causa, condición y ocasión de la siguiente manera:

> La causa podría definirse como aquello que real y positivamente influye en una cosa, haciéndola depender de algún modo de sí [...] La condición es el requisito o la disposición necesaria para el ejercicio de la causalidad [...] La ocasión es aquello cuya presencia favorece la acción de la causa" (Alvira, 1998: 207-209).

Nótese que la causa constituye o lleva a constituir un ente, algo, de tal forma que, sin ella, el otro y nuevo ente no podría ser o constituirse; en cambio, la condición no posee relación de causalidad, por ejemplo, para un buen encuentro deportivo, se requieren instalaciones adecuadas y buenas condiciones climáticas.

En efecto, la crisis del positivismo de la segunda mitad del siglo XX se constituye como una de las excelsas condiciones de posibilidad de la implementación, florecimiento y expresión del pluralismo jurídico, pues era necesaria una nueva referencia teórico-fundante, que pretendiera erigirse paradigmáticamente en soporte y explicación teórica del fenómeno jurídico; pero no sólo eso, sino una nueva referencia paradigmática que pudiera dar soporte a una explicación jurídica, pretendidamente coherente y armónica con el planteamiento y áreas-espacios de saber de la comunidad hegemónica en turno, como el área politológica, social y, en general, lo que se ha denominado las ciencias sociales y las ciencias de la cultura.

La visión del relativismo y subjetivismo del pensamiento posmoderno se ha constituido en una evidente condición; más aún, en una presencia constante en la nueva referencia teórica del pluralismo jurídico, pues, efectivamente para este último, el análisis y proceso epistemológico no partirá del *unum* —es decir, de una realidad unitaria, una, única y vigente—, pues eso suena a absolutismo, hegemonía y a las estructuras monocromáticas y absurdas de la modernidad, buscará pretendidamente un punto de partida del *plus-pluris,* de la variedad, multiplicidad de *lo mucho*. Eso, efectivamente, posibilita la diferencia; la pluralidad; el soporte cognoscitivo en perspectiva; amplios sectores hermenéutico-interpretativos y la salvaguarda del conocimiento siempre en proceso de autoconstrucción, de crecimiento y evolución; pues, efectivamente (y aquí está la condición y el elemento mayormente presente) todo va a depender del contexto, del sujeto, de las muchas posibilidades y vertientes interpretativas, en este caso jurídicas.

Ahora bien, finalmente, todo ello me conduce a repensar, revirar y llevar al muro de la revisión crítica, la visión paradigmática del pluralismo jurídico, como un referente paradigmático sensato que responde a las exigencias del paradigma y soporte teórico del derecho

o, por otro lado pueda constituir otra de las voces y balbuceos del pensamiento débil de nuestro mundo post, uno más entre los gritos de Nietzsche: "Dios ha muerto", el de Foucault: "El hombre ha muerto", en esta sinfonía policromática, polisemántica y polivante.

Referencias

AA., V. (2003). *Derechos humanos. Parte general.* México: Suprema Corte de Justicia.

Alexy, R. (2007). ¿Derechos humanos sin metafísica? *Doxa. Cuadernos de filosofía*, 30, 237-248.

Alvira, T; Clavell Ortiz-Repiso, L. y Melendo, T. (1998). *Metafísica.* Pamplona, España: Eunsa.

Atienza Rodriguez, M. (2001). *El sentido del derecho.* Madrid: Ariel.

Baquerizo Minuche, J. (9 de julio de 2009). *Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación.* Obtenido de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-colision-derechos.pdf

Beorlegui, C. (2008). *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano.* Madrid: Deusto.

Berger, M. y Carrizo, C. (2019). *Afectados ambientales, aportes conceptuales y prácticos para la lucha, el reconocimiento y garantía de derechos.* Argentina: Ediciones Ciencia y Democracia.

Beuchout, M. (2000). *Tratado de hermenéutica analógica.* México: Itaca.

Bruno, D. (2011). La dialéctica histórica de Karl Marx: Aproximaciones metodológicas para una teoría del colapso capitalista. *Hi C Rhodus. Crisis Capitalista, Polémica y Controversias*, 1, 75-86

Cabedo Mallol, V. (2012). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas.* España: Icaria.

Cámara de Diputados (09 de agosto de 2019). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Obtenido de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf?fbclid=IwAR0X0hd5AMsRU1dFISN76M_psIVyktKeHMGGVPzfFdYSkf_xZZSRHdNXtc

Carafa, L. y Bacaria, J. (2017). *Los grandes retos del Acuerdo de París.* Foreign Affairs Latinoamérica.

Carmona Lara, M.D. (2017). *Derechos del medio ambiente.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Catherine, T. (2018). *Le droit suple. Reflexio sur les*. Orleans, Francia.

Cerrutti, H. (2011). *Filosofía nuestroamericana*. México: Ediciones desde Abajo.

Correas, O. (1996). El pluralismo jurídico y el derecho alternativo. Algunos problemas teóricos. *Enlace, revista de sociología jurídica* (1), 37-53.

De la Torre Rangel, J.A. (2007). *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas.* México: CENEJUS.

De la Torre Rangel, J.A. (2010). *Sobre los inicios de la tradición iberoamericana de los derechos humanos*, de Alejandro Rosillo Martínez "¿Estos no son hombres?" *Epikeira. Derecho y política*, 4, 1-8.

De la Torre Rangel, J.A. (2013). *Iusnaturalismo histórico analógico.* México: Porrúa.

De la Torre Rangel, J.A. (2014). *Tradición iberoamericana de los derechos humanos.* México: Porrúa.

Díaz-Barriga, F. (1996). Los residuos peligrosos en México. Evaluación del riesgo para la salud. *Salud Pública de México*, 38(4), 280-291.

Donelly, J. (1994). *Derechos humanos universales.* Traducción de A.I. Stellino. México: Gernika.

Dussel, E. (1988). *Hacia un Marx desconocido. Un comentario de los manuscritos del 61-63.* México: Siglo XXI.

Dussel, E. (1994). *1492 El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad.* Bolivia: Plural Editores.

Dussel, E. (1998). *Ética de liberación. En la edad de la globalización y la exclusión.* Madrid: Trotta.

Dworking, R. (2012). *Los derechos en serio.* Madrid: Ariel.

Ellacuria, I. (1991). *Filosofía de la realidad histórica.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (1998). *Derechos fundamentales y sus garantías. La ley del más débil.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). *Principia iur. Tomo II. Teoría de la democracia.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). *Principia iuris. Tomo III. La sintaxis del derecho.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de filosofía*, 34, 15-53.

Ferrajoli, L. (2011). El constitucionalismo garantista. Entre el paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *Doxa. Cuadernos de filosofía*, 34, 311-360.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. Tomo I. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.

Gadamer, G.H. (1993). *Verdad y método I.* Salamanca: Sígueme.

Gadamer, G.H. (1998). *Verdad y método II.* Salamanca: Sígueme.

García Maynez, E. (2003). *Introducción al estudio del derecho.* México: Porrúa.

Gargarela, R. (2010). Apuntes sobre constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 30-48.

Geertz, C. (2002). *The Interpretation of Cultures*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

González, R.D. (2015). *Del Poder Judicial de la Federación, la administración de justicia antes y después de la Revolución (1910-1920), 100 aniversario de la Constitución de 1917.* México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Habermas, J. (2001). *Teoría de la acción comunicativa II. Critica a la razón funcionalista.* Madrid: Taurus.

Habermas, J. (2003). *La ética del discurso y la cuestión de la verdad.* Buenos Aires: Paidós.

Hartt Dávalos, A. (2001). *Cultura para el desarrollo: El desafío del siglo XXI.* La Habana: Ciencias Sociales.

Hernández Reyna, M. (2007). Sobre los sentidos de "multiculturalismo" e "interculturalismo". *RaXimhai, Revista de Sociedad Cultura y Desarrollo sustentable,* 3, 432.

Ibarra Flores, R. (2010). *Filosofía del derecho mexicano.* México: Trillas.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010). *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Los peritajes culturales y la visión de la pobreza desde su cosmovisión.* San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Kala, J.C. (en prensa). *Consideraciones en torno a la investigación jurídica.* México: Tirant lo Blanch.

Kuhn, T. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas.* México: Fondo de Cultura Económica.

Lakatos, I. (1978). *La metodología de los programas de investigación.* Madrid: Alianza.

León Pinelo, A.D. (1992). *Recopilación de las Indias*. (Vol. 2). México: Escuela Libre de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Universidad de Navarra, Universidad Panamericana, Miguel Ángel Porrúa, Gobierno del estado de Chiapas, Gobierno de estado de Morelos.

Marx, K. (2007). *El capital.* Madrid: Akal.

Maturana, H. (2018). *Emociones y lenguaje.* Santiago: JC Sáez Editor.

Medici, A. (2016). *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano.* México: CENEJUS.

Micalco Méndez, M.M. (2017). *Yax.* México: Porrúa.

Ordoñez Cifuentes, J. (1995). *Conceptualizaciones jurídicas en el derecho internacional público moderno y la sociología del derecho: indio, pueblo y minorías.* México: UNAM.

Ortega Maldinado, J.M.; Monrroy López, B. y Pérez Ramírez, N. (2018). *Los derechos humanos en la globalización.* México: Porrúa.

Otto Apel, K. (1985a). *La transformación de la filosofía. Tomo I.* Madrid: Taurus.

Otto Apel, K. (1985b). *La transformación de la filosofía. Tomo II.* Madrid: Taurus.

Otto Apel, K. (1998). *Ética del discurso y ética de la liberación.* Madrid : Trotta.

Otto Apel, K. (2013). *Paradigmas de filosofía primera.* Buenos Aires: Prometeo.

Pérez Pintor, H. (2012). *La arquitectura del derecho de la información en México, un Acercamiento desde la Constitución.* México: Porrúa.

Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de filosofía*, 21-v2, 339-353.

Prieto de Pedro, J. (2013). *Cultura, culturas y constitución, Premio "Nicolás Serrano".* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ramos García, J.A. (2012). *Los juristas del exilio español en México.* Morelia: Instituto de Investigaciones Históricas.

Revista Jurídica (2016). *Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación.* Facultad de Jurisprudencia, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Salamanca Serrano, A. (2003). *Yo soy guardián mundial de mi hermano.* Berlín: Dieses Bild Anzeigen.

Salamanca Serrano, A. (2010). Iusmaterialismo. Teoría del Derecho de los Pueblos. *Critica Jurídica. Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*, 29, 83-127.

Salamanca Serrano, A. (2015). La investigación jurídica intercultural e interdisciplinaria. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología. *Redhes. Revista de derechos humanos y estudio de sociales*, VII(14), 59-92.

Salgado González, S. (s.f.). El empirismo de David Hume. *Cuadernos de filosofía Duererías / serie Historia de la Filosofía*, 1-26.

Sánchez Cohen, I.; Díaz Padilla, G.; Cavazos Pérez, M.; Granados Ramírez, G. y Gómez Reyes, E. (2011). *Elementos para entender el cambio climático y sus impactos.* México: Porrúa.

Sartori, G. (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros.* Madrid: Taurus.

Scannone, J.C. (2009). La filosofía de la liberación: Historia, características, vigencia actual. *Teología y vida*, 50 (1-2), 59-73.

Serrano, C. (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas: Derecho internacional y experiencias constitucionales de nuestra América.* San Luis Potosí: UASLP- Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Padre Enrique Gutiérrez.

Soberanes Fernández, J. (2009). *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos.* México: Porrúa.

Thompson, J. (2002). *Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de la comunicación de masas.* México: Universidad Autónoma Metropolitana.

Tunal Santiago, G. y. (2007). *La cultura como objeto de investigación.* Tecsistecatl.

Vargas Mergold, A.V. (2016). *La empresa metalúrgica Industrial Minera México en San Luis Potosí. Problemas ambientales con soluciones incoherentes.* Obtenido de https://colsan.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1013/230/3/La%20empresa%20metal%C3%BArgica%20Industrial%20Minera%20M%C3%A9xico%20en%20San%20Luis%20Potos%C3%AD.pdf?fbclid=IwAR1_RmyNVBZn4BF-rmu2HftARQ9-qBhcQWrdvVVGCSrelzCyYQanU2lQN0s

Vargas Mendoza, M.I. (2018). Xavier Zubiri. Un giro hermenéutico hacia la metafísica madura. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 21, 185-228.

Vattimo, G. (1998). *La sociedad transparente.* Barcelona: Paidós.

Vattimo, G. (2010). *Adiós a la verdad.* Barcelona: Gedisa.

Vázquez Rodríguez, C. (2013). *Los derechos difusos y su protección jurídica.* México: Artes Gráficas La Impresora.

Vázquez, D. (2016). *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Velasco, H. (2014). Múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos de la UNESCO. *Series Filosóficas,* 33.

Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. (s.f.). ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano? Recuperado de: http://latinoamerica.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/134/2015/01/Viciano-Pastor-Articulo.pdf

Villoro, L. (1999). *Estado plural, pluralidad de culturas.* México: Paidós.

Zubiri, X. (1998). *Inteligencia sentiente.* Madrid: Alianza.

Del pluralismo cultural al pluralismo jurídico de los pueblos indígenas en México: Avances

María Elizabeth López Ledesma

Introducción

Ha resultado a lo largo de la historia en México, desde su época prehispánica, la existencia de grupos humanos con manifestaciones culturales propias en cada uno de ellos, es decir, de particularismos identitarios que, vistos desde la riqueza de modelos políticos, económicos, sociales, jurídicos y culturales, se centraron en cada una de las culturas ancestrales asentadas en el actual territorio mexicano, que perviven hasta nuestro actual siglo.

Dado nuestro interés en los pueblos ancestrales de México, nos dirigimos a ellos por conformar la población originaria que ha dado consistencia a las características propias de la población mexicana, nos referimos a la identidad cultural.

La cultura lleva implícita diversos factores de la persona en su individualidad, al mismo tiempo como colectivo del que forma parte, esto es, todo tipo de organización, incluyendo a los propios sistemas jurídicos; de esta forma consideramos tratar el pluralismo jurídico desde la dimensión cultural. Se ha complicado el reconocimiento del pluralismo cultural y étnico y, por tanto, los diversos

derechos que emanan de éste a través del derecho humano de la libre determinación de los pueblos.

Pareciera que algo tan sencillo como la riqueza cultural de los estados no tuviera significado trascendental y esencial en la preservación y conservación de la cultura ancestral, no sólo en el ámbito doméstico, sino en el internacional, derivado de los compromisos que los estados adquieren al ratificar instrumentos internacionales que demandan su preservación, promoción, acceso y protección.

Por otra parte, consideramos que el pluralismo jurídico conforma o es pieza fundamental del pluralismo cultural, igualmente como lo es el idioma, la música, las bellas artes, etcétera. Debemos considerar que en "sentido amplio todos nuestros derechos humanos podrían llamarse culturales ya que descansan en nuestra cultura y hacen referencia a entidades culturalmente definidas tales como tribunales, prisiones, prensa, religión, educación y hasta los individuos que detentan los derechos" (Donelly, 1994: 232). En este contexto nos preguntamos ¿Si partimos de considerar el pluralismo jurídico como una parte integrante del pluralismo cultural, entonces, si se reconoce constitucionalmente el pluralismo cultural se reconoce implícitamente el pluralismo jurídico? ¿En México se reconocen constitucionalmente ambos pluralismos?

Bajo lo ya expresado partiremos nuestro trabajo de la dimensión cultural del concepto de cultura, su evolución e inserción en diversos instrumentos internacionales para determinar el punto de conexión de ambos pluralismos: cultural y jurídico, y determinar cómo ha ido evolucionando el término. En el siguiente tema abordamos el término diversidad cultural como vocablo que se presta a confusión y que tiene estrecha relación con el pluralismo cultural.

En los temas subsecuentes nos adentraremos a un esquema histórico de México, partiendo de la época colonial donde la cultura ancestral de los pobladores originarios de nuestro actual territorio se asentaron y conformaron las grandes civilizaciones de México, para advertir si en esta etapa histórica y la subsiguiente, es decir, la independiente, encontramos antecedentes de reconocimiento y protección de ambos pluralismos; de esta última etapa analizare-

mos las diversas Constituciones mexicanas que han precedido a la actual, desde luego con referencia a los pueblos indígenas como principales actores del reconocimiento, protección y evolución del pluralismo cultural y jurídico.

Pluralismo jurídico y el pluralismo cultural

Dada la trascendencia del pluralismo jurídico que se ha gestado a través de la historia de los estados, podemos manifestar que el pluralismo contemporáneo no es una cuestión solamente nacional y regional, sino que la geografía mundial no escapa a este fenómeno.

Asimismo, podemos designar al pluralismo como un fenómeno que ha sido nutrido por otros, tales como las migraciones, conquistas, guerras, incluso el contexto económico han aportado a su origen, aunque: "El pluralismo étnico y cultural ha sido considerado como un fenómeno relativamente reciente, cuyo desarrollo se proyectará y potenciará en este siglo XXI, por ser considerado como esencial para los procesos de democratización en América Latina" (Cabedo Mallol, 2012: 8), y con la debida razón que textos constitucionales, como el caso de México, ha ido aportando disposiciones que tienden al reconocimiento de la multiculturalidad en recientes fechas.

Partiremos del concepto de pluralismo jurídico entendido como "la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos" (Correas, 1996: 43). Sin embargo, nos hemos empeñado en dirigirnos al pluralismo cultural considerando que de éste proceden no sólo las expresiones lingüísticas, de arte y ciencia, sino incluso sistemas jurídicos.

Es importante determinar el concepto de cultura puesto que su uso se ha generalizado, por lo que partiremos de dos acepciones: un material o descriptiva y otra inmaterial o simbólica. Según John Brookshire Thompson (2002: 191): "[L]a cultura se puede considerar como el conjunto interrelacionado de creencias, costumbres, leyes, formas de conocimiento y arte, etcétera, que adquieren los individuos como miembros de una sociedad particular y que se pueden estudiar de manera científica".

En este sentido, cumple una función descriptiva sobre lo material o que tiene una existencia particular y, por tal motivo, "[t]odas estas creencias, costumbres, etcétera, conforman una totalidad compleja, que es característica de cierta sociedad y la distingue de otras que existen en tiempos y lugares diferentes (Thompson, 2002: 191). Desde la concepción descriptiva se incluyen las leyes, es decir, de forma general se reconoce lo jurídico.

En la concepción simbólica de Clifford Geertz (2002: 5), se orienta el análisis de la cultura hacia el estudio del significado y el simbolismo, destacando la interpretación como un enfoque metodológico. Es de esta forma que Thompson (2002: 5) propone que "la cultura es el patrón de significados incorporados a las formas simbólicas —entre las que se incluyen acciones, enunciados y objetos significativos de diversos tipos— en virtud de los cuales los individuos se comunican entre sí y comparten sus experiencias, concepciones y creencias".

En esta concepción debe considerarse que los fenómenos culturales expresan relaciones de poder, las cuales pueden mantenerse o interrumpirse en circunstancias específicas, y estos fenómenos pueden someterse a diversas interpretaciones divergentes y conflictivas por parte de los individuos que los reciben y perciben (Thompson, 2002: 202).

Las teorías expuestas permiten obtener una explicación de la trascendencia de la cultura, tanto para una persona en particular como para una sociedad en general; por ello, la diversidad cultural será un escenario necesario dada la riqueza de las distintas formas de pensar y de vivir de los seres humanos.

Comprender el papel de la cultura nos lleva a dos momentos: el primero, a tomar en cuenta como ésta es la espina dorsal que sostiene, articula y da sentido a la producción material y de conocimiento, o sea, a los procesos que garantizan la reproducción social del hombre. El otro momento, considera que la cultura no sólo está encerrada como abstracción en la cabeza de los hombres y que se objetiva en la producción, sino también y de manera decisiva se expresa en la organización social, en los preceptos jurídicos, en la instrumentación de políticas, en la ética social, en las manifestaciones ideológicas (Hartt Dávalos, 2001: 89-90). De manera

fehaciente el autor incluye la dimensión jurídica como parte de lo cultural.

Es posible hablar de una dimensión cultural de la existencia humana, ya que la cultura no debe pensarse como algo ajeno a la cotidianidad, sino como algo perteneciente a la vida práctica de todos los días, pues es indispensable. Así pues, la historia de la humanidad es resultado de una serie de actos y la decisión de llevarlos a cabo ha estado determinada por esa dimensión cultural (Tunal Santiago, 2007: 2) que atiende a cada contexto y posicionamiento particular.

El auge del proceso se inicia al considerar formas de vida de otros pueblos del mundo denominándoseles cultura, es por ello que Taylor lo expone en un concepto más general: "La cultura o civilización, tomada en su sentido amplio etnográfico, es ese todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, las artes, la moral, las leyes, las costumbres, y cualesquiera otras aptitudes y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad" (Tunal Santiago, 2007: 4).

El concepto anterior exalta aspectos varios de la vida que tienen que ver con la identidad cultural, sistemas jurídicos, religiosos, expresiones, en fin, un concepto de efecto expansivo que abarca lo integral del ser humano individual y colectivo; sistemas en los que participan además de la antropología otras ciencias, como la etnografía, sociología, jurídica y religiosa.

En el entorno internacional, el concepto de cultura se encuentra instituido en la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés), como:

> Conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad, a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, sistemas de valores, tradiciones y creencias (UNESCO, 2019).

> El concepto que aporta la UNESCO es plural, ya que abarca aspectos no sólo relacionados con la educación y las bellas artes, sino un cúmulo de elementos que van dando

consistencia a las sociedades, conocimientos, creencias, cosmovisión, organización, etcétera.

No debemos sorprendernos por utilizar el término pluralismo cultural: recordemos que la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, en su artículo 2, denomina: "De la diversidad cultural al pluralismo cultural". Lo que consideramos que se ha prestado a confusión es el uso de diversos términos que termina por confundir al propio jurista, como sucede cuando se refiere al conjunto de identidades culturales que se les denomina pluriculturalidad y diversidad cultural o multiculturalidad, y a la relación y convivencia entre ellas se le denomina interculturalidad.

Debemos quedarnos en la línea de conceptualizar al pluralismo cultural como coexistencia de diversas culturas que comparten un mismo territorio, una historia, pero no la ancestralidad cultural que aún pervive y que se practica por los descendientes de los pueblos originarios.

Diversidad cultural y pluralismo cultural

Se habla de *diversidad* como distinción o diferencia, y si el estado reconoce la diversidad cultural en su territorio, reconoce implícitamente el pluralismo cultural y jurídico; en este sentido, el artículo 4° de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (CPPDEC) consigna que la diversidad cultural: "Se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades" (UNESCO, 2019). De esta manera se abarcan, en términos generales, las distintas variedades de manifestaciones.

Por otra parte, se encuentran otros elementos que se ven vinculados, como la multiculturalidad que apunta como tema central a la diversidad cultural y, por tanto, en el pluralismo cultural, pues como término descriptivo puede ser entendida como pluralidad y regulación de convivencia entre culturas (Hernández Reyna, 2007: 432). Asimismo, la interculturalidad también se relaciona con la diversidad cultural, pero pone más énfasis particularmente en el fenómeno del encuentro entre diferentes culturas y no sólo

por la existencia de éstas en un mismo contexto, sin embargo, la interculturalidad y multiculturalidad sólo pueden comprenderse por su relación a la diversidad cultural (Velasco, 2014: 183).

La diversidad cultural constituye otro concepto de importancia trascendental en la investigación de temas culturales. En un principio se habló de razas, posteriormente se traslada el significado a culturas, y en este entorno el concepto giró de las ciencias naturales a la las sociales (Velasco, 2014: 183). La UNESCO ha tenido una labor muy importante para coadyuvar al reconocimiento y protección de la diversidad cultural a través de instrumentos internacionales que han proporcionado el marco de acción y de límite a los estados para preservar la diversidad cultural.[1]

Todos estos instrumentos son creados para la protección, promoción y preservación de la cultura. En particular la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001,[2] es una Declaración expresa de principios de aplicación general con enfoque a la comunidad internacional, llamando así la atención las consideraciones sobre la orientación de este documento expresadas en su Preámbulo, que en el párrafo octavo estima que: "El respeto de la diversidad de las culturas, la tolerancia, el diálogo y la cooperación, en un clima de confianza y de entendimiento mutuos, están entre los mejores garantes de la paz y la seguridad internacionales".

De lo transcrito, nos damos cuenta de que parte, desde un enfoque solidario internacional, reconoce el pluralismo cultural en este mismo sentido, como se menciona en el noveno párrafo del Preámbulo: "Aspirando a una mayor solidaridad fundada en el reconocimiento de la diversidad cultural, en la conciencia de la

1 Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Convenio número 169 de la OIT, Convenio Sobre la Diversidad Biológica, Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Convención sobre la Protección y Promoción de a Diversidad de las Expresiones Culturales.

2 Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), "Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural", http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, consultado el 20 de mayo de 2018.

unidad del género humano y en el desarrollo de los intercambios culturales" (UNESCO, 2001).

En inicio en el artículo 1° se señala la importancia del reconocimiento de la diversidad cultural, se le atribuye entonces como parte del patrimonio común de la humanidad, expresándose de forma literal en su texto:

> La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan los grupos y las sociedades que componen la humanidad (UNESCO, 2001).

En el artículo 2°, ya mencionado en párrafos anteriores, encontramos protección para los pueblos indígenas a partir del reconocimiento del pluralismo cultural derivado de la diversidad:

> En nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas. Las políticas que favorecen la inclusión y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz (UNECO, 2001).

Se refleja entonces un concepto que abarca las condiciones en que ha de darse ese pluralismo cultural con un enfoque que se dirige a la democracia dentro de los estados.

De acuerdo con el Preámbulo y los artículos 1° y 2°, se señalan formas de proceder como el diálogo, los intercambios culturales, la conciencia, la originalidad y pluralidad de identidades, factores que, al formar parte de las directrices generales de esta Declaración, favorecen posicionamientos contextuales y de reflexión en torno a los pueblos indígenas y la perspectiva social.

El artículo 4°, por su parte, fortalece la diversidad cultural apoyándola en los derechos humanos de los pueblos indígenas como un medio de salvaguardar. Textualmente establece:

> La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los

> derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance.

Asimismo, el artículo 5° hace una delimitación jurídica donde especifica que "[l]os derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes". Aquí, enfáticamente interrelaciona los derechos culturales con los derechos humanos, con un estatus de protección en favor de los pueblos indígenas y sus características identitarias.

Diversidad cultural y pueblos indígenas: su protección

La diversidad cultural se vincula un enorme conjunto de ideas, pues la cultura forma parte de todas las acciones, fenómenos y cuestiones que involucran al ser humano. Por tal motivo, los pueblos indígenas revisten un ámbito de gran interés e importancia para estudiar debido a su trascendencia cultural e histórica que, como pueblos originarios, adquieren dentro de los territorios que habitan.

La cultura conlleva un ámbito de enorme amplitud, así es como de su existencia y práctica se derivan propiamente los derechos culturales de los pueblos indígenas, encontrando entre los más relevantes la identidad, la pertenencia, la lengua, los medios de comunicación, la educación, los conocimientos médicos tradicionales, la espiritualidad y culto religioso, entre otros, por lo que el derecho a la protección, desarrollo y promoción de sus manifestaciones culturales, patrimonio y tradiciones juega un papel fundamental en el mantenimiento de sus identidades culturales, haciendo indispensable el respeto por parte de las sociedades dominantes (Serrano, 2009: 106-115).

Sin embargo, en el caso del Estado mexicano, el reconocimiento de la diversidad cultural de los pueblos indígenas ha avanzado de forma lenta a través de circunstancias que han obstaculizado su pleno reconocimiento y protección.

Es por ello que resaltamos el caso de los pueblos indígenas, ya que la importancia trascendental de la conservación de la identidad cultural para su supervivencia —el derecho a desarrollar su propia cultura—, no sólo debe reconocerse en las Constituciones y demás leyes, sino también deben tomarse medidas efectivas para la aplicación de este derecho (Ordoñez Cifuentes, 1995: 80).

Pero no sólo basta con el reconocimiento en las normas jurídicas, pues se requiere ir más allá:

> Debe garantizarse que todas las culturas puedan expresarse a través de la posibilidad de estar presentes en los medios de expresión y difusión. La tarea de los estados es el reconocimiento de esta diversidad y la adopción de políticas culturales pluralistas e incluyentes que protejan y permitan el desarrollo de las distintas modalidades en que se manifiestan las culturas indígenas (Serrano, 2009: 106).

De conformidad con lo anterior, debemos hacer énfasis en que las políticas incluyentes que protejan la manifestación de la cultura en ningún caso deberán guiarse por el criterio asimilacionista que tienda, con ese afán de *igualdad*, a desaparecer las características identitarias de la población indígena.

Atendiendo a lo anterior, los esfuerzos y las luchas por lograr ese reconocimiento al pluralismo cultural y por ende jurídico, ha enfrentado diversos problemas que van desde la invisibilización del pluralismo cultural hasta la asimilación cultural indígena a la no indígena. Baste recordar la etapa histórica de la colonización europea al continente americano, como precedente de profundos alcances y consecuencias culturales y sociales que han determinado directamente las bases de la lucha por la defensa y el reconocimiento de derechos culturales de los pueblos indígenas, no sólo en México sino también en América Latina en busca de procesos emancipadores de una cultura occidental universal.

Cabe mencionar que *la diversidad* está invocada aquí, a propósito de la pluralidad cultural y jurídica, dado que es sinónima del vocablo pluralidad y en este sentido podemos concluir que si se reconoce la diversidad se reconoce la pluralidad.

Lo trascendente en este estado de nuestro trabajo es, en primer término, el reconocimiento de los otros, es decir, de individuos

y grupos que poseen cultura diferente a la nuestra; posteriormente, a niveles estatales tendrá que evolucionar a un cambio de criterio de no asimilación y de respeto a esas otras culturas para su protección y preservación.

Existe la voluntad de los estados de reconocer y proteger la diversidad cultural en pueblos indígenas que se ha reflejado en la creación de instrumentos internacionales, como la Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas, aunque no vinculantes, lo que ha dado origen a que Estados como México armonicen su sistema interno a lo establecido por ella y fortalecido con otros instrumentos ratificados.

Antecedentes históricos coloniales del pluralismo cultural en México

En el marco histórico que abordamos, no existían como tal los conceptos de cultura y diversidad cultural, y menos el de pluralismo, lo que intentamos es determinar si en esta etapa descubrimos antecedentes de lo que podríamos considerar como reconocimiento de la diversidad cultural y por lo tanto del pluralismo cultural en los territorios colonizados, con el criterio de preservación o destrucción de esta diversidad aportada por las culturas ancestrales del México prehispánico por ser la población originaria, el origen de la cultura en México.

Estudios Antropológicos y Arqueológicos demuestran la existencia de sistemas jurídicos y diversidad de culturas de los pueblos asentados en Aridoamérica y Mesoamérica antes de la llegada de los españoles. En consecuencia, damos cuenta de la existencia de pueblos asentados con sistemas culturales propios.

Al momento de la colonización, el encuentro de cosmovisiones diferentes que se reflejó en todos los ámbitos de la vida de españoles e indígenas originó conflictos. El ordenamiento jurídico, político, social y cultural hispano se fundamentó en los principios del cristianismo; por otra parte, el de los indígenas se basaba en la preocupación por la conservación y equilibrio del universo.

Frente al conflicto de la existencia de dos cosmovisiones diferentes en un mismo territorio en todos los aspectos culturales,

entre ellos sistemas jurídicos creados para realidades diferentes —pluralismo cultural le denominaríamos—, el reino de España propuso la *implantación* de instituciones jurídicas y culturales castellanas para finalizar con los conflictos de los españoles e indígenas y castas, porque adecua las instituciones jurídicas castellanas a la realidad indiana.

En la *Recopilación de Leyes de Reinos de las Indias* encontramos reunidas las disposiciones tanto castellanas como indígenas que se aplicaron durante la época, ejemplo de ello se encontraban disposiciones conocidas como Cédulas Reales expedidas por el rey Carlos I en 1530 y 1555, constituyeron uno de los fundamentos más trascendentales en la integración normativa del derecho indiano aplicado en la colonia y es donde se declararon expresamente la vigencia de los sistemas jurídicos, organización social, política y cultural prehispánicos (León Pinelo, 1992: 341):

> Los gobernadores y Justicias reconozcan con particular atención la orden, y forma de vivir de los indios, policía, y disposición en los mantenimientos, y avisen a los Virreyes o Audiencias, y guarden sus buenos usos y costumbres en lo que no fueren contra nuestra Sagrada religión.

Esta disposición contenida en la *Recopilación de Leyes de Reinos de las indias*, es de especial interés para el tema de que tratamos al darnos cuenta que es la primera disposición de la época que:

a) Reconoce los usos y costumbres, término que hasta hoy en día aparece positivizado, en el caso mexicano en su artículo 2º.
b) Se reconoce al mismo tiempo que, si los indígenas poseen usos y costumbres, también ostentan una cultura y no son bárbaros ni primitivos, sino seres humanos. Se reconoce que *tienen cultura*, puesto que son personas.
c) Que la cultura que poseen es diferente a la española o cualquier otra de la que tuvieran conocimiento, tácitamente los españoles reconocen la *diversidad de culturas* o llamada usos y costumbres. Reconocimiento de la otredad.
d) Este derecho de respetar los buenos usos y costumbres no era un mandato absoluto, ilimitado, venía acompañado de un límite: *no ser contrarios a la religión católica*. Hoy en día los usos y costumbres de los pueblos indígenas que se reco-

nocen y respetan también tienen un límite o delimitación la no violación de derechos humanos.

e) Como consecuencia de la positivación, si se nos permite llamarle así, se dio validez a los usos y costumbres y al "reconocimiento de la diversidad cultural de culturas ancestrales y españoles" y con ello *en forma limitada al pluralismo cultural y por ende el jurídico.*

Otras disposiciones en el sentido de respeto de los usos y costumbres es la siguiente:

> Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada religión, ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y executen [*sic*], y siendo necesario, por la presente las aprobamos y conformamos (León Pinelo, 1992: 1572).

Con esta disposición se fortalece la protección de la cultura y por ende del pluralismo cultural.

Disposición del rey Felipe IV, dada en Madrid en esa fecha, se forma la Ley 6,1,6 de la Recopilación de 1680, la cual establece que los indios no pueden vender a sus hijas para contraer matrimonio:

> Usaban los indios al tiempo de su gentilidad vender a sus hijas a quienes más les diese, para casarse con ellas. Y porque no es justo permitir en la cristiandad tan pernicioso abuso contra el servicio de Dios [...] ordenamos y mandamos que ningún indio ni india reciba cosa alguna [...] del indio que se hubiere de casar con su hija. (León Pinelo, 1992: 85).

He aquí ejemplo de la limitación de una costumbre indígena prohibida por ser contrarias a la fe católica.

Vemos en este apartado como se reconoce la diversidad y la existencia de cultura en los territorios conquistados, por supuesto con sus peculiaridades y cosmovisión difícil de respetar y reconocer de forma absoluta por la cultura europea, representada por los españoles, y después de luchas que costaron la vida de los indíge-

nas; sin embargo, consideramos que es un importante antecedente colonial de reconocimiento del otro, de la diversidad cultural y de forma limitada al pluralismo cultural y jurídico.

Concepto de cultura como derecho humano en el sistema constitucional mexicano

El sistema constitucional mexicano tiene como antecedentes las Constituciones de 1812, 1814, 1824, 1836 y 1857, en las que la dimensión cultural no fue comprendida, menos visible por considerar a toda la población del territorio mexicano como de composición homogénea; es decir, que en estas Constituciones el pluralismo cultural y jurídico se invisibilizó. Cambios importantes en materia de la cultura se suscitan a partir de la actual Carta Fundamental de México.

La Constitución vigente de México de 1917, en su texto original en la parte denominada "De las garantías individuales" —antes de las reformas de 2011—, del artículo 3° (original),[3] coloca el tema cultural con valor supremo en el Estado mexicano al desprenderse así de su lectura:

> La educación que imparta el Estado —federación, estados, municipios— tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.
>
> [...]
>
> b) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

De lo transcrito constatamos que se reconoce a la educación como un derecho individual dirigido a todos los mexicanos y al mismo tiempo como herramienta para el progreso cultural; es de-

3 Texto y reformas constitución de 1917 en: www.diputados.gob.mx consultada 12 de junio 2019.

cir, un derecho subordinado a la educación y no como un derecho autónomo y colectivo.

Posteriores reformas al citado artículo se dan en el mismo sentido, al admitir que la cultura es un derecho supeditado a la educación, igualmente como derecho individual y en el entorno de un país monocultural, no se reconoce aún a la población multilcultural —y por ende el pluralismo cultural ni el jurídico—, compuesta por pueblos ancestrales. En consecuencia, se sigue la misma línea que las Constituciones que le precedieron.

Cultura, diversidad y pluralismo en México: Su reconocimiento

Es hasta el 28 de enero de 1992 en que el artículo 4º hace referencia a la cultura por vez primera, como una garantía individual, autónoma de la educación, y a partir también de 2001 se le da el estatus constitucional de derecho humano.

Artículo, 4 párrafo 2:

> La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Como novedad, en el texto de referencia resalta la composición pluricultural ancestral; sin embargo, consideramos que es poco probable que existan estados uninacionales, en concordancia con lo mencionado por Jesús Prieto de Pedro (2013: 60), quien señala: "En el momento presente el porcentaje de estados uninacionales puros constituida a partir de una única etnia cultural no excede, entre los casi centenares de los estados existentes, tan siquiera del 10 por 100".

Por otra parte, el 30 de abril de 2009 se deroga el párrafo que antecede al segundo, y queda así:

> Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

En cuatro ocasiones aparece el término cultura o cultural en un solo párrafo. Al mencionar la diversidad se reconoce el pluralismo cultural.

Por otra parte, respecto a la dimensión cultural, el artículo 26 señala:

> Artículo 26.- "El estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.

Los fines de la política pública de la nación relativa a la democratización de la cultura. El tema cultural se aborda homogeneizando a la población lo cual no significa el reconocimiento de pluralismo cultural.

El término cultura emerge también al reconocerse la libre determinación de los pueblos indígenas de México en su actual artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se señala que se respetarán sus usos y costumbres, así como la educación y su impartición de acuerdo a ellos.

De esta forma, al garantizarse el respeto a los usos y costumbres, apunta a la dimensión cultural, con la finalidad de que el estado, además de garantizar y hacer viable este derecho humano, lo fortalece en materia educativa con el criterio de impartirse con las dos vertientes culturales: indígena y no indígena.

Cabe subrayar que detrás de estos preceptos existe un marco jurídico universal[4] y regional[5] que da respaldo en virtud de los compromisos internacionales que el Estado mexicano ha contraído y que la propia Constitución remite en sus artículos 1º relativo a los derechos humanos y el 135 sobre supremacía Constitucional.

Pluralismo cultural en la administración de justicia en México

Hemos iniciado nuestra investigación con conceptos de cultura, diversidad y pluralismo cultural; en este apartado, más que a conceptos, nos enfocamos a los *usos de la diversidad cultural* o pluralismo cultural en la administración de justicia, ya que se advierte que la diversidad en cuanto a su significado y uso ha sido diverso, tema que trata de forma profunda el antropólogo cultural Honorio Velasco (2014: 181-217).

Al constitucionalizarse la cultura como derecho fundamental o humano[6] y reconocerse la diversidad cultural, consideramos que uno de sus usos es la protección de derechos humanos dentro de la administración de justicia en México; es decir, que no basta que se eleve el término constitucionalmente sin tener un fin utilitario.

La historia constitucional mexicana ha reflejado etapas que van desde la Independencia hasta la Revolución, las cuales marcan contenidos en las que, desde luego y como se advierte en el apartado anterior, la cultura es un imaginario o algo intangible que no se materializa para ser protegida y usada como un derecho humano; es decir, fue hasta la Constitución de 1917 que se da inicio al uso del término cultura, con una concepción de un estado monocultural para hacer oficial la monoculturalidad, y con lo que se llevó a la población indígena a ser asimilada a la cultura no indígena sin respetar su diversidad.

4 Véase estado de ratificaciones por países de instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas, en: www.nu.org

5 Véase estado de ratificaciones de la Organización de Estados Americanos, en: www.oas.org

6 En México se denominan derechos humanos en el capítulo I, título 1, de los derechos humanos y sus garantías, y no fundamentales, es por ello que en esta investigación le denominamos derecho humano y no fundamental. Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en: www.diputados.gob.mx

A partir de las reformas de 1992 hasta nuestros días, se reconoce y protege constitucionalmente la cultura y diversidad cultural, por consecuencia el pluralismo cultural. Su implementación inició como herramienta de la educación monocultural, posteriormente como derecho humano, con un concepto general que abarca no sólo la educación, sino todo lo que involucra el amplio espectro cultural, que ya fue tratado.

Dentro de la administración de justicia en México, partiendo del reconocimiento constitucional de la población pluricultural, el pluralismo cultural se ha manifestado en los derechos humanos procesales de la población indígena, es por ello que podemos manifestar que "las instituciones jurídicas y políticas de este país se encuentran actualmente en una etapa de transición significativa" (González, 2015: XIII).

Al amparo de la Declaración de Naciones Unidas para los Pueblos indígenas, que en su artículo 5 se señala:

> Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del estado.

De manera general, la Declaración reconoce instituciones jurídicas, no define la cuestión procesal, sólo enmarca el estándar mínimo de derechos y es así como puntualiza las instituciones jurídicas que los pueblos indígenas tienen derecho a *conservar y reforzar*, en tanto que, corresponde a cada estado el tratar a detalle el tema de administración de justicia y derechos humanos procesales de los pueblos indígenas. Deja en este sentido que al interior de los estados se establezcan los mecanismos necesarios para cumplir con el objetivo.

Otro instrumento ratificado por el Estado mexicano es el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Este Convenio también aporta, en sus artículos 9.2 y 10.1, parámetros importantes con respecto a la administración de justicia en el contexto de la cultura y diversidad cultural, pues se señala el deber de

las autoridades penales de tomar en cuenta las costumbres indígenas, así como sus características socioculturales.

Ya en el ámbito estatal mexicano, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 2º a este respecto señala:

> La Nación Mexicana es única e indivisible.
>
> La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Continúa el artículo 2º con el apartado A, en el que se establece el reconocimiento del derecho a la libre determinación para, enseguida, en las fracciones I, II y VIII, puntualizar en qué aspectos de su organización se verá reflejada la autonomía que les confiere el derecho humano político que hemos comentado. Demos lectura al siguiente texto:

> Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:
>
> VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Del precepto Constitucional se desprende lo siguiente:

a) Para el acceso de la administración de justicia del estado que, por su parte tomará en cuenta especificidades culturales.
b) El derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores.
c) Los intérpretes y defensores tendrán que conocer de la lengua y cultura de individuo o grupo indígenas de que se trate.

Resulta notoriamente importante y de trascendencia este precepto constitucional, puesto que pone en el marco de obligación de las autoridades mexicanas que administran justicia, un imperativo cuyo soporte es la cultura y diversidad cultural; es decir, pluralismo jurídico que, para este supuesto, toma en cuenta no sólo la lengua sino a la cultura en general; la cultura no se reduce a la lengua ni a estereotipos físicos, sino al amplio concepto de cultura, que no define esta ley fundamental pero que se desprende de instrumentos internacionales o de la propia Ley General de Cultura en México,[7] que para estos fines se tendrá que analizar para constatar el espectro que abarca el término cultura, para ello nos remitimos a su artículo 3°, del cual se desprende lo siguiente:

> Las manifestaciones culturales a que se refiere esta Ley son los elementos materiales e inmateriales pretéritos y actuales, inherentes a la historia, arte, tradiciones, prácticas y conocimientos que identifican a grupos, pueblos y comunidades que integran la nación, elementos que las personas, de manera individual o colectiva, reconocen como propios por el valor y significado que les aporta en términos de su identidad, formación, integridad y dignidad cultural, y a las que tienen el pleno derecho de acceder, participar, practicar y disfrutar de manera activa y creativa.

El concepto de cultura lo reduce a las *manifestaciones* y, en este sentido, cultura y manifestaciones son sinónimos. El concepto de diversidad no se hace patente; sin embargo, el término multicultural es, al parecer, el sinónimo de diversidad en la Constitución y en la Ley General de Cultura, al referirse a grupos y pueblos se infiere a la diversidad.

Ahora bien, su implementación, que no es objeto de nuestro trabajo pero sí importante de resaltar, no ha sido viable en su mayoría una administración de justicia que cumpla con estos requisitos, ya que apenas se está dando paso a la educación multilingüe y no asimilacionista de los indígenas, que los coloquen como defensores e intérpretes dentro de procesos de administración de justicia;

7 Ley General de Cultura y Derechos Culturales, en: www.diputados.gob.mx

por otra parte, se trabaja en la tipificación de delitos, atenuantes y excluyentes que miren hacia el pluralismo cultural-jurídico.

Cabe mencionar el peritaje antropológico y cultural como prueba dentro de los procedimientos, importante y necesario en la administración de justicia: "Se constituye entonces como la prueba idónea para que los sistemas normativos indígenas sean tomados en cuenta cuando se lleve a cabo un procedimiento jurídico en el que estos difieran del derecho nacional, es decir, que no se trata de analizar y juzgar a un individuo sólo por sus hábitos personales sino por ser sujeto portador de una cultura creada y sostenida por un pueblo o colectividad, y por ende ser sujeto de un sistema normativo propio" (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010: 13). He aquí un ejemplo claro de pluralismo cultural y jurídico. No se trata de analizar y juzgar a un individuo sólo por sus hábitos personales, sino por ser sujeto portador de una cultura creada y sostenida por un pueblo o colectividad y, por ende, ser sujeto de un sistema normativo propio (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010: 3). Aquí la antropología es herramienta esencial para dirimir conflictos.

Conclusiones

La antropología ha desempeñado el papel importante de conceptualizar el término cultura y diversidad cultural atribuyéndole contenido a partir de las diferentes etapas históricas en que se estudien los conceptos.

La historia nos muestra que los pueblos ancestrales que habitan los actuales territorios del planeta son el origen que da consistencia o fundamenta la cultura en los diversos estados. En México al momento de la conquista surge el pluralismo cultural y por ende el jurídico, aunque con las limitaciones correspondientes impuestas por la Corona Española. Tras el reconocimiento de esos usos y costumbres indígenas se reconoció la existencia de culturas en territorio mexicano y con ello la diversidad cultural o el pluralismo cultural y jurídico.

En la etapa independiente de México se dio un retroceso absoluto al reconocimiento de la otredad, al invisibilizar a la

población indígena con un criterio y políticas de asimilación; el pluralismo cultural y jurídico no existió dentro de las políticas económicas, políticas, sociales y culturales.

La incorporación de la Constitución Mexicana del término cultura se inicia un desarrollo gradual y lento a reconocerla primero como sinónimo de educación hasta la positivación de la cultura como derecho humano y, al mismo tiempo, reconoce la diversidad cultural a partir de 2002 al postular la composición pluricultural mexicana, año en el que el pluralismo jurídico y cultural con las delimitaciones correspondientes resurge después de un largo período histórico mexicano.

Este pluralismo cultural ha avanzado en los ámbitos de la educación, administración de justicia y participación democrática, por mencionar las más sobresalientes. Sin embargo, quedan todavía ámbitos en los que se requiere ir trabajando para hacer real el pluralismo cultural y jurídico.

Bibliografía

Cabedo Mallol, V. (2012). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*. España: Icaria.

Correas, O. (1996). El pluralismo jurídico y el derecho alternativo. Algunos problemas teóricos. *Enlace, Revista de Sociología Jurídica* (1), 37-53.

Donelly, J. (1994). *Derechos humanos universales*. A.I. Stellino, Trans. México: Gernika.

Geertz, C. (2002). *The interpretation of cultures. Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de la comunicación de masas*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

González, R.D. (2015). *Del Poder Judicial de la Federación a la administración de justicia antes y después de la Revolución (1910-1920), 100 aniversario de la Constitución de 1917*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Hartt Dávalos, A. (2001). *Cultura para el desarrollo: El desafío del siglo XXI*. La Habana: Ciencias Sociales.

Hernández Reyna, M. (2007). Sobre los sentidos de multiculturalismo e interculturalismo. *RaXimhai, Revista de Sociedad Cultura y Desarrollo sustentable*, 3, p. 432.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010). *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Los peritajes culturales y la visión de la pobreza desde su cosmovisión*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

León Pinelo, A.D. (1992). *Recopilación de las Indias*. Vol. 2. México: Escuela Libre de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad de Navarra, Universidad Panamericana, Miguel Ángel Porrúa, Gobierno del estado de Chiapas, Gobierno de estado de Morelos.

Ordoñez Cifuentes, J. (1995). *Conceptualizaciones jurídicas en el derecho internacional público moderno y la sociología del derecho: Indio, pueblo y minorías*. México: UNAM.

Prieto de Pedro, J. (2013). *Cultura, culturas y constitución. Premio "Nicolás Serrano"*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Serrano, C. (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas: Derecho internacional y experiencias constitucionales de nuestra América*. San Luis Potosí: UASLP - Centro de Estudios Jurídicos y Sociales "Padre Enrique Gutiérrez".

Thompson, J. (2002). *Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de la comunicación de masas*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

Tunal Santiago, G.Y. (2007). *La cultura como objeto de investigación*. Tecsistecatl.

Velasco, H. (2014). Múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos de la UNESCO. *Series Filosóficas*, 33.

Noción descriptiva y normativa de salud: Alcances en materia de derechos humanos

Adriana Elizabeth Mancilla Margalli

Introducción

Una definición no es nunca una mera delimitación semántica, menos aun cuando lo controversial de los términos se corresponde con maneras distintas de entender el orden social. Tealdi (2008: 577) opina que en gran medida la bioética es "una batalla por los significados". Y los diferendos con relación a los conceptos de salud y medicina están en la base de todas las discusiones bioéticas; de hecho, son determinantes en la manera de entender la bioética misma, de modo que el posicionamiento conceptual es definitorio respecto a toda la argumentación posterior, no sólo en términos epistemológicos, sino también políticos y jurídicos.

Existen dos maneras de pensar la salud: una descriptiva, la otra normativa. La descriptiva sigue al paradigma positivista, de construcción científica, entendiendo la salud en términos puramente biológicos, bajo el supuesto de que la ciencia es un abordaje neutral de la realidad; pensar la salud de manera descriptiva intenta preservar el concepto de ideologías que pudieran sesgar su significado, dificultar su comprensión y entorpecer su búsqueda en la práctica médica; de esta manera el concepto de salud es asép-

tico, no está comprometido con valores y se refiere tan sólo a lo que los datos de las ciencia biomédicas reportan. Bajo este enfoque se concibe la salud como ausencia de enfermedad, generándose un *modelo médico hegemónico*, según el cual los saberes y prácticas de la medicina científica son los únicos legitimados para la atención de la enfermedad (Ravenna, 2008: 404-405).

Por otro lado, la perspectiva normativista sostiene un concepto más social que biomédico de salud (Gherardi, 2008: 353), en el que importa menos la superación de la enfermedad que su prevención. Ello convierte en un tema de salud casi cualquier fenómeno social, desde los estilos de vida hasta los valores y cosmovisiones que les subyacen. Así, no es la atención médica lo que condiciona la salud, sino la mejora en las condiciones de vida. Con este enfoque sucede una desontologización de la salud: se le deja de entender como el modo de ser natural del humano y es considerada una construcción social, "una invención humana como otros bienes culturales que satisfacen nuestras necesidades y descuentos" (Mainetti, 2008: 438) y que está ineludiblemente referida a valores, consideraciones de lo que es bueno y malo, deseable o indeseable.

Hay una pretensión universalista en la visión descriptiva, por la cual la noción de salud debería prescindir de las particularidades sociales y sostenerse sobre los datos aportados por la ciencia, oponiéndose así a la visión normativa, para la que el concepto de salud se ancla en los valores sociales, cambiantes según la época y el lugar. Si bien es legítima la pretensión de lo universal, el resultado suele ser empobrecedor para la vida moral. Pensar la salud sólo como una relación clínica, casi comercial, por la cual un sujeto compra a otro sus servicios para que le ayude restaurando sus funciones hasta volverlo normal, es caricaturizar la forma como efectivamente se vive lo sanitario en sociedad. Mucho antes de la relación clínica, las condiciones de salud están definidas por múltiples factores, como educación, alimentación, recreación, condiciones del entorno social y natural, relaciones interpersonales y, en general, el disfrute de los bienes sociales y el acceso a las oportunidades de desarrollo personal. Sabido es que tales bienes y oportunidades han sido distribuidos de acuerdo a factores como

el lugar y la familia en la que se nace, la clase social a la que se pertenece, el género y la raza, los talentos y méritos, entre otros criterios. Así pues, la salud no es sólo el objeto de trabajo de una clase profesional especializada, sino un asunto de distribución de recursos entre los integrantes de una sociedad, es decir, una cuestión de justicia.

Encuentro que son tres los aspectos que implican una confrontación de perspectivas y obligan a adoptar una postura cuando se aborda teóricamente el problema de la salud en vinculación con la justicia distributiva. A continuación, los enlisto y en cada apartado del texto doy cuenta de los rasgos más generales de cada disyuntiva, así como de la posición que adopto en el desarrollo de este trabajo:

I. Concepto técnico o normativo de salud
II. Control gremial o social de los asuntos relacionados con la salud
III. Responsabilidad social o estatal respecto a la salud.

Describir o normar lo saludable

Según Michel Foucault (2012), es característica del régimen de gubernamentalidad liberal erigido en el siglo XVIII considerar como naturales los fenómenos económicos, de forma tal que es posible desentrañar las leyes que los rigen, mas no modificarlas, porque sería lo mismo que actuar *contra naturam*. La población y los individuos que la componen siguen esa misma suerte: son vistos también como naturaleza, y se cree que pueden ser estudiados y manejados con base en la forma de ser que les corresponde. Foucault acuña así el concepto de biopolítica, para referirse a los mecanismos de poder que se emplean en el control de los procesos vitales de la población desde el surgimiento del liberalismo. Correlativamente a la biopolítica como manera de construirse el poder y la vida social, adquieren auge el conocimiento científico y el desarrollo tecnológico, los cuales, cuando adoptan como medio la medicina, sirven a la concreción de la biopolítica, a través de la cual el poder penetra hasta en los más recónditos espacios de la vida de las personas para normarla.

A decir de Miguel Kottow, la medicina científica opta por un modelo fisiológico y trae aparejada una perspectiva ontológica y de lenguaje bélico en la práctica médica, "erradicando enfermedades, combatiendo infecciones, extirpando tumores, mutilando el cuerpo, bombardeando células", como si la salud fuese un estado prístino al cual retornar desde la enfermedad, cuando en verdad "ni se está en la salud ni se vuelve a ella" (2008: 568). Asimismo, retoma la distinción elaborada por Paul Ricoeur, quien en su texto *La naturaleza y la norma* (2017: 32-36), vislumbra en la dualidad lingüística una referencia a la complejidad del fenómeno del cuerpo humano: mientras la medicina científica se ocupa, trata y habla acerca del *cuerpo vivo*, la bioética mira hacia el *cuerpo vivido*, al que son intrínsecos los valores éticos subjetivos que provienen de relaciones sociales y convenciones. Y además de las dimensiones sociales de la salud y la enfermedad, Kottow (2008: 568) agrega la del individuo consigo mismo, pues para él "sólo hay enfermedad en tanto el afectado reconoce estar en un estado de desmedro organísmico que no le permite solventar su existencia y requiere ayuda externa para su remoción". La medicina cientificista ignora esta dimensión de la autonomía y la forma como desde el cuerpo vivido se experimentan las consecuencias ocasionadas en el modo y calidad de vida a partir de la enfermedad.

Resultado de esto, se crea un modelo que privilegia la atención médica como causa fundamental de la salud. Este modelo se ha tornado hegemónico, caracterizado por centrarse en las prácticas, saberes y teorías generados por la medicina científica, a la que se han supeditado otro tipo de conocimientos; así se identifica tanto por la ciencia como por el estado, como la única manera de atender la enfermedad, constituyéndose un monopolio radical de la medicina, en términos que ya han sido denunciados por Iván Illich en su *Némesis médica* (2006). Una expresión de este modelo es la medicina basada en evidencias, de amplio uso y aceptación. Se trata de un enfoque por el cual cada procedimiento es analizado a fondo y comparado con otros similares. Se emplean métodos científicos y estadísticos en la selección de los pacientes, el proceso de su estudio y la obtención de resultados, y sobre esta base se determina la superioridad de un método diagnóstico, de un pro-

cedimiento terapéutico o de un medicamento. La evidencia se ratifica mediante la repetición de las investigaciones en diferentes circunstancias y con los mismos resultados, y suele darse mayor peso a las conclusiones mediante técnicas estadísticas de meta-análisis, que resumen los resultados de diversos estudios en un único estimador ponderado. Posteriormente, los datos son publicados en libros y revistas que los exponen bajo tal rubro: medicina basada en evidencias (García, 2008: 563-564).

El pensamiento bioético latinoamericano, aunque con variadas y muy diversas expresiones, se muestra casi unánime en su rechazo al considerar que la salud es un término al que le basta una perspectiva biológica y cientificista. Para los diferentes bioeticistas en los países del subcontinente, no existe una biología individual fuera del contexto social en que se analiza e incluso las necesidades más básicas como el alimento, el agua y la vivienda se satisfacen a través de expresiones y modalidades distintas en cada grupo humano. Las necesidades en salud son impactadas en mayor medida por lo social que por lo biológico, como se ve cuando se analizan grupos sociales y comunidades sometidas a similares rasgos económicos, culturales, biológicos y ambientales (Vidal, 2008: 521-522).

Además de oponer una perspectiva cultural de la salud al biologismo del modelo hegemónico, desde el pensamiento latinoamericano también se le ha increpado su individualismo, que hace abstracción de las relaciones sociales constitutivas de la persona; la ahistoricidad con lo cual no se consideran las circunstancias de tiempo, lugar y cultura en que suceden los fenómenos vitales vinculados con la salud; su mercantilismo, abocado a generar tratamientos y tecnologías, y con ellas ganancias económicas, más que a mejorar las condiciones de vida de las personas y los grupos sociales; su asimetría, que mantiene una relación paternalista y hasta autoritaria de la clase médica hacia los usuarios, sobre la base de mantenerlos excluidos del conocimiento médico. De tal manera que se ha considerado necesario "revertir las actuales pautas culturales que priorizan la renta y el uso de aparatología sofisticada antes que el mejoramiento de las condiciones socioculturales, preventivas y de bienestar, alejadas de la comercialización de la

salud", y mutarlas en una cultura "de cuerpos sanos en ciudadanos con disfrute pleno de los derechos humanos en su integridad e indivisibilidad" (Ravenna, 2008: 404-405).

De acuerdo con Mainetti (2008: 438), abandonar el paradigma positivista o biológico, de construcción científica ha significado el paso del *logos* al *ethos*, con lo cual se introduce la construcción de valores en las decisiones clínicas y sanitarias. Esto es contrario a la pretensión aséptica del concepto de salud que proponen autores como Norman Daniels (citado por Dieterlen, 2015: 67), para quien lo saludable debe delimitarse de acuerdo al "funcionamiento típico de una especie", en alusión a un pretendido canon sostenido en criterios biológicos de carácter universal sobre la forma de operar el cuerpo. Por el contrario, la bioética latinoamericana acepta una noción normativa de los conceptos de salud y enfermedad, y la inversión de su sentido tradicional, según el cual la salud equivale a algo natural y la enfermedad a lo contranatural. En el paradigma bioético y normativista, salud y enfermedad son definidos con referencia a valores y consideraciones de lo que es bueno y malo, deseable e indeseable; así, la salud es una invención humana como otros bienes culturales, en tanto la enfermedad es parte de la condición de los seres humanos (el hombre es por naturaleza un *homo infirmus*) en virtud de la cual toman conciencia de sus límites y dan sentido a sus acciones dirigidas a prevenir el sufrimiento, envejecimiento y muerte.

Debatir la incorporación de elementos valorativos en la noción de lo saludable y lo patológico, es decir, asumir una posición normativista, "es todo menos un ejercicio de ocio filosófico sin consecuencias sobre la realidad. La naturaleza de la medicina y la atención de la salud dependen de esos conceptos-valores fundamentales que determinan la objetividad científica, la operatividad técnica y la justificación moral de las prácticas clínicas y sanitarias" (Mainetti, 2008: 438). La bioética, al incorporar los elementos valorativos en el ámbito de la medicina y la atención a la salud, se independiza del orden médico paternalista e instala un nuevo orden en el que la salud es comprendida como calidad de vida y proceso cultural, y no como condición natural de la especie humana.

Entendida como campo normativo, la bioética latinoamericana está obligada a la discusión crítica de los términos (Tealdi, 2008: 577), y así la salud se replantea y deja de ser un mero concepto biomédico para constituirse en "un valor social fundamental [...] una especificación más del valor social mayor que es la justicia" (p. 559). Ocuparse de la salud deja de ser sólo atención a la enfermedad y significa también encargarse de la promoción, prevención y rehabilitación; en suma, incorporar como asunto central lo relativo a los estilos de vida, puesto que la presencia o ausencia de enfermedad es sólo una expresión resultante de cómo viven las personas y cómo se estructura la sociedad. Los factores sociales, económicos e históricos no son externos a la salud y ésta no es un estado; por el contrario, se trata de un proceso en el que aquellos factores son constituyentes o determinantes. La salud es entonces:

> Un proceso de experiencia vivida por las personas en medio de una compleja tela de relaciones sociales que fluye históricamente según lógicas específicas y distintas en las diferentes sociedades y grupos, aunque con rasgos que son universales [...] y abarca las relaciones interpersonales, la relación de la persona con la sociedad y las relaciones con toda la comunidad biológica (Zoboli, 2008: 565-566).

Así, son dos elementos los que resaltan de una posición normativista en contra de una biologicista, cientificista o técnica. Uno son los determinantes de la salud; el otro, los elementos valorativos o axiológicos involucrados en los procesos vitales mediados por la cultura en la que se encuentran insertos quienes los protagonizan. Ambos están implícitos en el asunto del control que se debe ejercer sobre las prácticas médicas y el desarrollo de las investigaciones biomédicas y biotecnológicas.

Salud: Un asunto gremial o social

Los determinantes sociales incluyen todos aquellos aspectos de la vida y la organización social que impactan en el modo de estar de los cuerpos humanos y su estado de salud. Entre ellos se encuentran las formas y espacios de trabajo, las condiciones de la vivienda y los servicios públicos, el descanso, la alimentación, la recreación, la calidad del aire y del agua y del medioambiente en general. Su

incorporación al concepto de salud está sujeta a una discusión que determina, en última instancia, el alcance del derecho que tenemos a ella. Limitar la noción de salud a su aspecto biológico hace del derecho a la salud una prerrogativa para acceder a la prestación de servicios sanitarios. En cambio, pensar la salud no sólo en su dimensión biológica, sino también social y cultural, implica que se tiene derecho a algo mucho más abarcador y amplio que la sola prestación de servicios médicos.

Mientras los normativistas creen que sólo de esta manera se puede garantizar plenamente el derecho a la salud, los que abogan por un concepto técnico-científico consideran que lo normativo puede degenerar en ideología, como lo sugiere Daniels, o distraer las políticas públicas de la auténtica atención y satisfacción de las necesidades de servicios sanitarios (Prah, 2010: 101), con lo cual el derecho a la salud quedaría desprotegido. En el mismo sentido, mientras la OMS define la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades", desde la óptica de Miguel Kottow (2008: 567) tratarla así es dejarla convertida en un concepto político, no atendido a cabalidad en los programas de acción pública; o bien, dar pie a la medicina predictiva y desiderativa; la cual, con base en ciertos criterios idiosincráticos de bienestar, se propone la modificación biológica de los organismos sin mediar enfermedad, disfunción o malformación. "Esta vía hace de las diferencias económicas diferencias biológicas, volviendo urgente repensar y redefinir los límites entre enfermedad y salud, y que ésta deje de ser 'materia opinable'" (Kottow, 2008: 567).

La posición que se adopta en este trabajo trata de conciliar ambas perspectivas. Por un lado, sostener una noción de salud apegada a las aportaciones científicas es fundamental para preservar a los ciudadanos de ofertas pseudocientíficas y charlatanerías, y coincide con el espíritu de la Declaración de Helsinki, que conmina a ofrecer a las personas las terapias mejores y con mayor eficacia probada. Además, debe reconocerse que una definición formulada en términos técnicos y científicos favorece un tratamiento claro y preciso de los aspectos relativos a la salud. En cambio, cuando se amplía tanto que abarca todas las dimensiones

de la vida de una persona, si bien puede ganarse en comprensión, sensibilidad, contextualización, también puede perderse en eficacia, y las políticas públicas podrían ver diluido su impacto.

Por el otro, aislar la noción de salud de todos los demás aspectos que conforman los derechos económicos, culturales y sociales es abordar indebidamente un factor que sólo en acción con los otros puede adquirir sentido. Si una persona padece diabetes, por mencionar uno de los padecimientos con mayor prevalencia en la actualidad, es importante proveerle los medicamentos que permiten controlar los niveles de glucosa en la sangre, así como dar seguimiento al funcionamiento renal, dela vista y de la piel, para evitar en lo posible el deterioro de las funciones que le permitan llevar una vida de calidad. Sin embargo, sabiendo que enfrentar adecuadamente la diabetes demanda un particular estilo de vida, será necesario también que la persona se ejercite con regularidad, realice un trabajo que no demande excesivos esfuerzos, en sus ropas use determinado tipo de tejidos y evite otros, que el calzado también sea específico para personas en su condición, que su salario resulte suficientemente remunerador para enfrentar una eventual complicación de la enfermedad, que en prevención sus familiares más cercanos modifiquen también sus hábitos, que consuma una dieta libre de azúcares y carbohidratos (para lo cual deberá no sólo tener los medios económicos que solventen una dieta distinta a lo común, sino también forjarse la templanza necesaria para evitar el consumo de productos dañinos que con tanta fuerza se promueven en nuestras sociedades); y así, podrían enumerarse otros muchos aspectos a tener en cuenta para que la salud del paciente está siendo procurada y preservada.

La provisión de medicinas y el seguimiento se quedan cortos si de la salud de un paciente diabético se trata, y por mucho que a nivel teórico y de análisis nos esforcemos por distinguir un núcleo conceptual de salud, libre de las complicaciones que entrañan los determinantes de la salud, en la compleja realidad vivir con un padecimiento crónico entraña toda una serie de relaciones con otros aspectos de la vida que no es conveniente obviar. El derecho humano a la salud, entendiendo que ésta incluye los determinan-

tes sociales y culturales, se torna de una complejidad desdibujada cuando se le mira desde un enfoque meramente técnico.

Así pues, los aspectos valorativos también deben formar parte de la noción de salud. Si como ha sostenido Illich (2006), la salud es "culturada", en la consideración de lo saludable deben contenerse las experiencias y vivencias de quienes están involucrados en los procesos sanitarios, a los cuales no les hace suficiente justicia un concepto de salud en términos de *ausencia de enfermedad*. Lo cierto es que el sistema médico oficial se muestra poco dispuesto a atender las necesidades y demandas de la gente que no se planteen en términos médicos y esto impide actuar sobre las causas verdaderas de los problemas, al quedar anulado el sujeto en cuanto poseedor y conocedor de sus propias necesidades. Las capacidades narrativo-biográficas del enfermo, las que manifiestan su estructura social y personal quedan inmovilizadas (Álvarez, 2008: 27).

Tanto como lo biológico, la subjetividad y lo sociocultural son niveles explicativos de la enfermedad, y éstos dotan al fenómeno de sentido; excluirlos es posicionar la enfermedad en un "estatuto de extraterritorialidad respecto del sujeto, la sociedad y la historia" (Del Valle, 2008: 569). "En busca de eficiencia económica, la medicina administrada elabora esquemas y catálogos que transforman las enfermedades en episodios-tipo con respuestas terapéuticas normadas" (Kottow, 2008: 568). Y así, el concepto de enfermedad se subordina a consideraciones económicas y las prácticas médicas se norman por categorías nosológicas y no por las necesidades individuales de los pacientes. "Las enfermedades son clasificadas como catastróficas menos por su gravedad que por la carestía de los tratamientos", recuerda en el mismo texto Kottow (2008: 568).

Proceder bajo el criterio económico de eficiencia —aunque tenga contenido ético, en la medida en que es un deber de justicia el empleo racional de los recursos sanitarios para el bien común— resulta en ocasiones contradictorio con respecto a la conducta humanista que debe ser consustancial a la atención de la salud. En el modelo cientificista de salud se privilegia la innovación tecnológica como signo de calidad y eficiencia, pero diferentes estudios y análisis han defendido que los servicios públicos pueden dar aten-

ción a la salud con sólo la tecnología más indispensable, haciendo de la medicina una actividad más justa y sostenible, en la cual resulte de mayor importancia el desarrollo de los recursos humanos que el de la tecnología por sí misma, cuyos límites los ha establecido más el mercado que el poder del estado (Acosta, 2008: 81).

Al ignorar los elementos subjetivos y sociales se corre el riesgo de naturalizar las relaciones no equitativas; con frecuencia la discriminación y estigmatización operan enfatizando selectivamente aspectos biológicos como causas de desigualdades padecidas, y se atribuyen las deficientes condiciones materiales de existencia a competencias inherentes a los pueblos, haciendo de lado el contexto histórico de despojo y dominación (Briones, 2008: 30). Y es que el modelo cientificista se articula con los sectores sociales dominantes y así adquiere protagonismo en los saberes y prácticas hegemónicas del poder. De esta manera, la medicina sirve al sistema de apropiación de la salud en términos de beneficio para unos pocos dominantes, en detrimento del bienestar de los muchos dominados, legitimando el control de aquellos sobre estos. Un ejemplo claro de ello son las llamadas "enfermedades de la pobreza", que nunca han sido el centro de los paradigmas dominantes en salud, pues como lo indica su nombre, afectan casi exclusivamente a comunidades que viven en la marginación (Storino, 2008: 524) y su investigación interesa poco o nada a quienes tienen el poder económico para financiar los ensayos clínicos y la generación de medicamentos y tecnologías.

Por todo lo anterior, son indispensables los mecanismos de control social y político sobre los asuntos sanitarios, como lo propone Illich (2006), pues sólo encontrando la justa articulación entre el conocimiento biomédico y las condiciones sociales y culturales de las personas podría lograrse una aproximación más adecuada a la salud como ellas la necesitan y comprenden. Del sustento filosófico para estos mecanismos he tratado en otros espacios, por ahora baste mencionar las implicaciones de una participación crecientemente social en los asuntos relacionados con la salud.

Salud: Responsabilidad o derecho

En la obra ya referida de Iván Illich, *Némesis médica*, el autor denuncia el proceso de industrialización de la medicina: cómo pierde su carácter convivencial cuando las personas no son capaces de concebir una manera de estar sanos, distinta al consumo de servicios y productos médicos, ofrecidos a costos crecientes según se van sofisticando por medio del desarrollo tecnológico, haciéndose inaccesibles para los menos favorecidos. Por eso Illich cree necesario que las personas se hagan cargo de sus propios mecanismos sanitarios, que tengan acceso al conocimiento de procedimientos de higiene y prevención fácilmente manejables y con ellos preserven la salud propia y la de sus cercanos, haciendo de la atención a la salud una tarea comunitaria, comprensible y accesible para todas las personas. En sociedades de alta complejidad como las contemporáneas, una tal organización se antoja irrealizable y, no obstante, Foucault denuncia que, a fuerza de penetrar en la vida privada de las personas para normarlas, la medicina genera una ética privada de la buena salud y logra el control colectivo de la higiene. ¿Corresponden esta normatividad y este control a lo que Illich apunta como manejo social de los instrumentos y saberes médicos? Difícilmente podría pensarse así; sin embargo, en las sociedades contemporáneas se ha encontrado en la medicina preventiva la forma más eficiente de llevar y preservar la salud a millones de personas, involucrándolas en el conocimiento y manejo de hábitos que eventualmente convergen en la prolongación de su tiempo y calidad de vida.

Hay que recordar que no fue sino hasta el siglo XX que comenzó a existir la seguridad social, y que como resultado de las grandes transformaciones económicas, políticas y sociales las instituciones hospitalarias dejaron de ser auspiciadas por la beneficencia y los estados absorbieron los servicios de salud, ya no desde una perspectiva de caridad, sino como la obligación de brindar asistencia. Desde finales del siglo XIX se había desarrollado la teoría microbiana y surgido el modelo higienista que hacía énfasis en la importancia de corregir mediante medidas higiénicas las condiciones ambientales que inciden en la producción de la enfermedad. Es así como nace la salud pública, que con la prevención

convierte al hospital en algo más que un sitio de curación y da paso a la prestación de un servicio más integral (Ovalle, 2008: 254).

Oponer la medicina preventiva a la curativa trae a colación un dilema planteado desde la década de los ochenta por Geofrey Rose, el que existe entre priorizar individuos enfermos o poblaciones enfermas. La atención al paciente ha sido desde siempre el objetivo de la medicina; la atención a la población es el propósito de las modernas políticas de salud. Mientras la detección y atención de algunos casos de padecimientos puede resultar de un costo desmedido y beneficiar apenas a unos cuantos; el segundo enfoque intenta remover los factores que afectan a la comunidad en su totalidad (Sonis, 2008: 69). Bajo el aserto de que es más efectivo y económico prevenir las enfermedades de toda la población que curar o tratar las de algunos individuos, los modelos de medicina preventiva se vuelven cada vez más relevantes.

Resulta interesante detenerse en la crítica que merece esta tendencia. Hay quienes señalan que, si bien es necesario pensar la salud en términos de una política pública, este auge creciente de la medicina preventiva puede resultar en un mecanismo por el cual el estado se desentienda de su deber de proveer atención médica a los ciudadanos, de manera que, en vez de realizar el ideal de cobertura universal, se estarían destinando menos recursos a los servicios públicos de salud, desatendiendo a quienes tienen un padecimiento o discapacidad actual y no lo pueden solventar con sus propios medios:

> To a great extent, individual prevention in health becomes a commodity when public health relinquishes its traditional agenda of keeping disease away from populations. As prevention moves away from inspiring public action and nestles in the realm of individual health care, it ceases to be a safeguard for collective health. Self-care is monitored by physicians as part of the clinical encounter, hastily being absorbed by indications for early onset therapeutics. This trend, though not universal, is gaining momentum and influence, tending to reduce public health funds, and slowing the pace of societies and institutions intent on providing universal medical services (Kottow, 2012: 40).

Aún más, la medicina preventiva opera un remplazo del compromiso gubernamental con la salud pública hacia una medicina privada orientada al mercado, y este movimiento tiene motivación económica antes que ética. Individuos sanos son evaluados para detectar rasgos de predisposición a padecimientos, y así se les recluta como consumidores permanentes de productos sanitarios, generando además una responsabilidad individual por su estado de salud, en detrimento del derecho cuyo cumplimiento, como ciudadano, debería poder exigir al estado (Saldaña y Sánchez, 2018: 78). Hemos asistido desde finales de la década de los ochentas del siglo pasado al uso de políticas neoliberales por parte de muchos estados latinoamericanos dirigidas a cumplir la meta de la OMS de alcanzar para todos los pueblos el más alto nivel de salud, disminuyendo la intervención del estado a expensas del crecimiento del sector privado, de modo que las necesidades de salud de los individuos se tornaron económicamente rentables para las élites empresariales (Ovalle, 2008: 255).

Kottow (2012) se propone, desde la crítica a la fuerte prevalencia de la medicina preventiva, señalar que la enfermedad es un estado de necesidad inmediata y a quien la sufre difícilmente preocupará el impacto económico de la atención sanitaria en comparación con la prevención, y añade que la más originaria filosofía de la medicina demanda que la exigencia moral de tratamiento médico inmediato triunfe sobre consideraciones económicas y provea la atención médica requerida al momento, incluso si para ello han de extraerse recursos de los programas públicos de prevención. Además, la cuestión de si la prevención es preferible a las cargas de los tratamientos curativos no goza de una respuesta afirmativa incontrovertible, como suele creerse. Insuficiente información, un mal asesoramiento, una exagerada percepción de riesgo podría desencadenar costosas estrategias preventivas que en principio podrían haberse evitado (Kottow, 2012: 40-41).

Siendo hoy la prevención la meta más importante de las políticas públicas de salud, y dado que los objetivos de riesgo epidemiológico conducen a atender los determinantes socioeconómicos de la salud, estos riesgos se internalizan y las acciones colectivas de prevención se transforman en responsabilidades individuales

sobre el cuidado de la salud y la prevención de la enfermedad. Ante esto, Kottow se pregunta: "¿Cómo puede una predisposición ser un indicador confiable respecto a un padecimiento futuro si circunstancias externas indeterminadas influirán sobre su futuro desarrollo?" Porque (de nuevo el debate sobre la extensión del concepto) la salud no es una condición natural ni una circunstancia *normal*:

> Rather than converging on a reduced dispersion of acceptable values, health is to be understood as a range of organic states that vary according to aging processes, sexual preferences, individual idiosyncrasies, social and environmental externalities, that should not lightly be labeled as deviant or pathological (Kottow, 2012: 73).

Por ello disiente de la definición de la OMS: "Un estado de completo bienestar físico, mental y social", y considera mejor que en todo caso la salud pública permanezca fiel al sentido común y considere la salud como ausencia de enfermedad, rechazando todas las "definiciones holísticas".

Con todos sus problemas, la prevención puede ser aún peor cuando deriva en precaución, dice Kottow, y un ejemplo que le permite mostrar este dicho es lo ocurrido en 2009, cuando la OMS fue *obstinadamente* malinformada y conminada a anunciar una pandemia del virus H1N1, conduciendo a un buen número de naciones a comprar vacunas en grandes cantidades, las cuales finalmente no fueron usadas. Tal fue el resultado de actuar bajo incertidumbre: "Following a much discussed tendency to replace prevention based on solid knowledge, with the so-called principle of precaution" (Kottow, 2012: 74). Como principio y estrategia de salud, la precaución ha sido definida de variadas y contradictorias maneras: por un lado, algunos opinan que su esencia consiste en que ninguna acción debería ser llevada a cabo cuando existe incertidumbre científica sobre su posible impacto; por el contrario, otros sostienen que cuando una actividad comporte amenaza de daño a la salud humana o al ambiente, deben tomarse medidas precautorias, incluso si las relaciones causa-efecto no están totalmente establecidas desde un punto de vista científico. En realidad, afirma este autor, más que un principio ético la precaución aparece como

una estratégica negociación de intereses, en la que las partes más fuertes usualmente apuntalan decisiones que no favorecen el bien común; se trata de un pobre sustituto de programas de prevención, los cuales al menos deben estar sólidamente asentados en conocimiento científico y técnico. Cuando se prevén serios riesgos o daños, una actitud precautoria debería seguirse sí y sólo sí se puede evitar un daño actual o amenazas inminentes; en otras palabras, la precaución no debería emplearse de más e irresponsablemente y debe mediar entre la aceptación del progreso con consecuencias poco conocidas y la adopción de posturas tecnofóbicas inflexibles (Kottow, 2012: 74-75).

Kottow encuentra finalmente que una estrategia aún más cuestionable que la prevención y la precaución es la promoción de la salud. Mientras que, para ser efectivos los programas preventivos no pueden evitar recurrir a algún grado justificable de coerción, la promoción de la salud emplea métodos ostentosos y caros para seducir, alentar y manipular, ganando favor mediante apelaciones a la voluntad. Lo incierto de esta estrategia y la vaguedad de sus metas difícilmente pueden compararse con intervenciones efectivas de salud pública preventiva y, no obstante, la promoción ha sido considerada como una importante forma de prevención primaria.

El problema es que cuando los fondos públicos son limitados, no hay manera de justificar campañas promocionales quitando recursos a necesidades urgentes y desatendidas. La promoción busca modificar comportamientos individuales y estilos de vida, y no hay manera de evaluar hasta qué punto estas metas son alcanzadas. Los estilos de vida cambian, pero lo hacen lentamente y en un menor grado del que se esperaría, dificultando la evaluación sobre si estos cambios son debidos a las campañas de salud pública o si están más bien asociados a otras influencias sociales. Además, la promoción de la salud apela a la autonomía individual, sin tomar en cuenta el grado de empoderamiento que la gente tiene para ejercer su libertad de elección y acción. Promover el cambio de estilos de vida es inevitablemente discriminatorio, pues la gente necesita tener un superávit de empoderamiento y recursos para decidir mantenerse alejado de circunstancias de riesgo y optar por vidas más saludables. Peor aún, la promoción de la salud aborda la

complejidad de los factores externos de la salud, pero se enfoca en que los individuos se adapten, lo cual vulnera grandemente los valores y preferencias de la gente (Kottow, 2012: 76-77).

En suma, la promoción de la salud satisface una perspectiva liberal de política pública que deja libre al gobierno de responsabilidades mayores en materia de salud pública. Se espera que la promoción de la salud evolucione del poder *sobre los individuos* al poder *con los individuos*, lo cual es una aspiración adecuada para sociedades desarrolladas, donde una mayoría es capaz y autónoma para sostener un diálogo de poder, pero es menos convincente para poblaciones donde el capital social es bajo, la participación política escasa y el ascenso en la movilidad social difícil. Una política de salud liberal, basada en acciones de promoción, además de no contar con suficiente evidencia, parece inapropiada para naciones que enfrentan insuficiencia presupuestaria para cubrir los más básicos problemas de salud. Como estrategia, la promoción de la salud está demasiado comprometida con procesos liberales orientados al mercado como para ser una inspiración ética confiable sobre la cual construir iniciativas de salud pública. No es justa, porque satisface a grupos sociales suficientemente prósperos, libres de restricciones y dependencia material, desde donde pueden contemplar opciones alternativas de estilos de vida y hábitos. Los efectos protectores de las campañas promocionales, si existen, llegan a aquellos suficientemente empoderados como para aceptar propuestas de autocuidado, agotando los recursos de programas que son necesarios para atender las privaciones sufridas por el creciente número de desprotegidos y no privilegiados.

Ante la disyuntiva de la responsabilidad del estado o de los individuos, con relación a la preservación de la salud, en este trabajo se asume una postura mediadora. Si el paradigma normativo o bioético ha de tener pertinencia y eficacia en el mundo de los hechos, será como vía de realización de la justicia social, por lo cual el acceso a la salud debe ser considerado, sin lugar a dudas, un derecho que los ciudadanos pueden hacer valer y exigir ante las instancias públicas. Por otro lado, reducir el derecho a la salud a la prestación de servicios sanitarios, ya se ha dicho, es no hacer justicia al proceso cultural en que consiste, con relación a los estados

biológicos de las personas, pero no circunscrita a ellos. En ese sentido, las estrategias de prevención, precaución y promoción de la salud no deben ser desdeñadas, sino al contrario, deben fomentarse y articularse con las necesidades y aspiraciones de la población a la que van dirigidas. Que se ponga al alcance de las personas el conocimiento de sus procesos vitales y las herramientas que la ciencia y la tecnología generan para un mejor manejo del nacer, enfermar, sanar, envejecer y morir es una manera de democratizar los procesos de salud y engranarlos con los factores sociales que contribuyen a ella; además, se reconoce la autonomía de las personas y se ponen condiciones para su ejercicio, en el mismo sentido en que Illich propone que la salud ha de entenderse en términos no de ausencia de padecimientos o decadencia, sino de libertad frente a esos procesos. Ante la premura de la enfermedad y el sufrimiento, el derecho a servicios sanitarios y tratamientos científicos y técnicos disponibles debe estar garantizado por el estado de forma absoluta; ante la posibilidad de prevenir la enfermedad y el sufrimiento mediante estilos de vida al alcance de las personas, insertos en sus procesos culturales; la prevención, precaución y promoción de la salud son formas del derecho a la salud que permiten un control social y la participación responsable de la ciudadanía en la configuración de lo sanitario.

Conclusiones

Llegados a este punto, recapitulo sobre la noción de salud que aquí se adopta. Una concepción normativa en cuanto no se limita a referir condiciones biológicas de pretendida normalidad para la especie humana, sino que incorpora también las condiciones sociales y culturales que de igual manera contribuyen a la conformación de lo saludable de acuerdo a cada sociedad o grupo social, considerados en su historicidad, todo ello sin desdeñar el avance científico que en sus mejores estándares debe ser ofrecido a los ciudadanos que lo requieran para garantizar su derecho. Así, la salud y lo saludable deben estar sujetos a control político y social, buscándose mecanismos de diálogo y entendimiento entre los profesionales e investigadores de la salud; la población que recibe el impacto de sus prácticas,

hallazgos e invenciones, y los actores políticos que diseñan las políticas públicas en materia de salud. De igual manera, la población debe ser partícipe de las prácticas sanitarias e higiénicas que contribuyan a la mejora en la calidad de vida y la mayor duración de la misma, haciendo de las estrategias de prevención, precaución y promoción de la salud formas de cumplimiento estatal del derecho a la salud que tienen los ciudadanos, y no mecanismos de control para incorporarlos incautamente a procesos de consumo, menos aún para manipular su vida privada.

Referencias

Acosta, J. (2008). Atención integral de la salud. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética* (pp. 80-82). Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Álvarez, F. (2008). Contexto social. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética* (pp. 26-27). Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Briones, C. (2008). Aboriginalidad y nación. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética* (pp. 30-31). Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Del Valle, I. (2008). Experiencia de enfermedad y narración. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Dieterlen, P. (2015). *Justicia distributiva y salud*. México: FCE.

Foucault, M. (2012). *Nacimiento de la biopolítica*. Madrid: Akal.

García, H. (2008). Enfermedades agudas. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Gherardi, C. (2008). Progreso científico y desarrollo social. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Illich, I. (2006). Némesis médica. En: *Obras reunidas I* (pp. 531-763). México: FCE.

Kottow, M. (2008). Modos de enfermar y conceptos de enfermedad. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Kottow, M. (2012). *From justice to protection. A proposal for public health bioethics*. Santiago de Chile: Springer.

Mainetti, J. (2008). *Crisis de la razón médica*. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Ovalle, C. (2008). *Los hospitales en América Latina en función de la moral pública*. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Prah, J. (2010). *Health and social justice*. Oxford: Oxford University Press.

Ravenna, H. (2008). Acceso a la justicia e impunidad. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética* (pp.80-82). Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Ricoeur, P. (2017). *La naturaleza y la norma*. México: FCE.

Saldaña, A. y Sánchez, C. (2018). Bioética en el contexto de la genómica poblacional y médica: patología e identidad en México. En: *Universidad y bio/ética*. México: Porrúa.

Sonis, A. (2008). Atención individual y atención colectiva. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Storino, R. (2008). Enfermedades de la pobreza. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Tealdi, J. (2008). *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Vidal, S. (2008). Necesidades en salud. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

Zoboli, E. (2008). Salud integral. En: J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia.

La libertad reproductiva como fundamento para el acceso a la maternidad subrogada

Christian Lizárraga Félix

Introducción

Con el avance de la tecnología en el ámbito de la reproducción humana asistida, han surgido nuevos dilemas morales respecto a su acceso, generando polémicos debates en el ámbito académico, político, filosófico y legal.

En la actualidad, la técnica de reproducción humana asistida que mayores conflictos genera, es la maternidad subrogada; es decir, la participación de una mujer para gestar a un hijo cuya filiación se le atribuirá a la persona o personas contratantes.

En el aspecto técnico, la maternidad subrogada no implica mayor complejidad que una fecundación *in vitro*, sin embargo, en el ámbito moral, filosófico y jurídico sí conlleva una serie de cuestionamientos que suelen encender las discusiones en el seno de la sociedad, ello explica la falta de consenso respecto a esta figura.

Los estados pueden asumir tres posturas sobre maternidad subrogada: prohibir, legislar o bien no contemplar ninguna norma en torno a ella. En nuestro país, se ha optado por la ultima postura, salvo algunas excepciones que han venido desde las legislaturas de las entidades federativas.

En el presente trabajo asumimos la postura de pugnar por una legislación acorde a las características particulares de la maternidad subrogada, puesto que ni la prohibición ni la ausencia de normas brindan un marco legal que proteja a las personas que intervienen en esta práctica, tal y como ha quedado demostrado tanto en nuestro país como en el plano internacional.

Incluso desde la perspectiva de los derechos humanos podemos encontrar directrices que guíen la futura legislación de la maternidad subrogada, toda vez que se vulneran diversos derechos humanos de las personas al negar el acceso a esta técnica, que permite reproducirse a aquellas personas que la esterilidad se los había negado.

Aspectos generales de la maternidad subrogada

La maternidad subrogada, al igual que las demás técnicas de reproducción humana asistida, coadyuva con aquellas personas que tienen algún padecimiento de esterilidad o infertilidad, en específico para aquellas mujeres que son incapaces de gestar un hijo en su propio vientre, ya sea porque se han sometido a una histerectomía, o bien porque existe imposibilidad de llevar a cabo el embarazo hasta el alumbramiento, incluso cuando no sea recomendable en razón de que sería probable que transmitieran alguna enfermedad a su hijo o comprometa la salud de la madre.

Así, la maternidad subrogada es una técnica de reproducción humana asistida, en la cual participa una mujer denominada gestante, quien acuerda con otra u otras personas llamadas comitentes, gestar un embrión que al momento de su nacimiento se considerará hijo de estos últimos y no de la gestante.

Esta última podrá o no recibir una retribución por el embarazo, dependiendo de lo pactado por las partes, que generalmente queda formalizado en un contrato (Lamm, 2013: 149).

De tal manera que la maternidad subrogada puede asumir distintas modalidades. Si tomamos como punto de partida el acceso a esta técnica, podemos concluir que podrá recurrirse a ella por personas solas o unidas en matrimonio o concubinato.

Respecto a personas solas debemos precisar que forzosamente un hombre que quiera reproducirse necesitaría recurrir a esta técnica, mientras que una mujer podría hacerlo en virtud de incapacidad para gestar o bien por no considerar pertinente embarazarse, ya sea por razones estéticas o privilegiar su desarrollo profesional, entre otros motivos.

Cuando las personas que decidan participar en un proceso de maternidad subrogada estén unidas en matrimonio o concubinato, también encontramos dos vertientes, es decir, que se permita el acceso tanto a parejas heterosexuales como homoparentales, puntualizando que si la pareja homoparental es de dos varones necesariamente tendrían que auxiliarse de esta técnica para fundar una familia.

En cuanto al carácter de la maternidad subrogada podemos clasificarla en altruista y onerosa. Adoptará la modalidad altruista cuando la mujer gestante no recibe una retribución por su servicio, sino simplemente una compensación por las pérdidas o perjuicios que le haya ocasionado someterse a este contrato. Generalmente, en estos casos existe una relación de amistad o familiar previa a la celebración del contrato.

La maternidad subrogada altruista suele ser un punto intermedio entre aquellas posturas que pugnan por su prohibición y las que procuran su regulación, incluso se asegura que no podría ser considerado un contrato ilícito, puesto que no vulneraria la moral ni las buenas costumbres, por lo que no habría nada censurable en este acuerdo (Pantaleon, 1993: 134).

Sin embargo, se ha señalado que en ningún momento esta figura tendrá un matiz altruista, en virtud de que, aún en esta modalidad, la gestante recibe una cantidad de dinero por el servicio prestado (Lopez Faugier, 2011: 123).

No debe perderse de vista que, en realidad, la cantidad de dinero que recibe la gestante es en compensación de las molestias, pérdidas o perjuicios que le haya causado el embarazo, lo cual desde ninguna perspectiva es incorrecto, sino por el contrario, los comitentes consiguen su anhelo de convertirse en padres gracias a la participación de ella, atendiendo a esto, lo justo es que al menos se le compensen las molestias que se le causó.

En la maternidad subrogada onerosa, la gestante además de recibir una cantidad de dinero en calidad de compensación por las pérdidas y perjuicios que sufre como consecuencia del embarazo, también percibe una cantidad de dinero como contraprestación por el servicio brindado a los padres comitentes.

En este sentido, dicha figura adoptaría el matiz de una actividad retribuida como si fuera una prestación de servicios; es decir, de alguna manera la gestante estaría lucrando con su capacidad reproductiva.

Tomando en consideración la relación genética de la gestante con el menor, esta puede adoptar la forma de maternidad subrogada gestante, en ella, la mujer sólo aporta la gestación del embrión, pero no sus óvulos, estos son aportados por la comitente —si es que hay o puede hacerlo— o bien por una donante.

En el caso del gameto masculino, de igual manera puede ser aportado por el comitente o bien por un donador. En este tipo comúnmente se recurre a la fertilización *in vitro* para conseguir la procreación.

Por otro lado, la mujer gestante puede aportar también los gametos necesarios para la fecundación, es decir, su labor no se limita solamente a gestar al niño para luego entregarlo, sino que compartirá un vínculo genético con el mismo.

En cuanto al semen necesario para la fecundación, éste podrá provenir del comitente o de un donante, en cuyo caso los comitentes no aportarían material genético, por lo que no tendrían ningún vínculo biológico con el niño que nazca; evidentemente, en este supuesto los comitentes no estarían ejerciendo su libertad reproductiva, puesto que en realidad están adoptando un embrión.

La libertad reproductiva y la maternidad subrogada

Como fundamento para el acceso a la maternidad subrogada podemos encontrar diversos derechos humanos que se suelen vulnerar con la prohibición de esta técnica. En primer lugar, podemos argumentar que negar la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada atenta contra la libertad reproductiva de las personas.

El artículo 4 constitucional señala que la libertad reproductiva es un derecho que tenemos todas las personas para decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos. Así, la libertad reproductiva debe ser entendida como:

> [Una] libertad que reconoce, protege y garantiza la autonomía física y de voluntad de las personas; que le permite al hombre o a la mujer decidir libremente sobre tener o no hijos y el espaciamiento de los mismos, ya sea por la vía natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida (Pérez, 2012: 131).

Hoy en día no es necesario que aquellas personas que han decido procrear ejerzan esta libertad de forma conjunta con su pareja, toda vez que, con la aparición de los donadores de gametos masculinos y femeninos, la persona puede reproducirse sin la necesidad de un encuentro sexual, la procreación se lleva a cabo en el laboratorio y la persona que donó dichos gametos ha renunciado previamente a asumir los deberes que implica su participación en la formación de una nueva vida.

La libertad reproductiva abarca tanto componentes negativos, como positivos.

En primer término, requiere una conducta negativa por parte del estado, consistente en la no intromisión en las decisiones personales que tienen relación con la reproducción de las personas. Por otro lado, la libertad reproductiva engloba prestaciones de carácter positivo que tiene que emprender el estado en beneficio de las personas, tales como proporcionar la información adecuada para que los individuos puedan tomar la mejor decisión para sus intereses, facilitar el acceso a los servicios relacionados con la planificación familiar y reproducción asistida, cuando existe algún padecimiento que imposibilita la misma por los medios naturales, etcétera.

La libertad de procrear es un "derecho de carácter defensivo —derecho negativo— más que como un derecho positivo frente al estado. En concreto, el derecho a procrear emerge con fuerza como vertiente fundamental del derecho a la toma de decisiones sobre la propia existencia vital" (Alkorta, 2006: 12).

Coincidimos con la postura de asimilar la libertad reproductiva como un derecho, cuyo alcance es de carácter negativo ante el estado; es decir, este tiene la obligación de no intervenir en la esfera privada del ciudadano respecto a decisiones que tienen relación con la procreación, garantizando que serán las personas quienes evaluarán las distintas alternativas para su plan de vida, tomando la determinación que mejor convenga a sus intereses.

El derecho a la libertad reproductiva es expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos (Brena, 2004: 17).

De tal manera, se encuentra comprendido en la autonomía de la voluntad, entendida como la posibilidad de decidir libremente acerca del plan de vida de una persona, en el cual no puede entrometerse ninguna otra persona ni mucho menos el estado, por lo que será la persona quien decida de acuerdo a sus necesidades y convicciones, el momento y la manera de reproducirse, pudiendo auxiliarse de las técnicas de reproducción asistida que el avance tecnológico le ofrezca.

El derecho a la reproducción, como derecho fundamental, es una prerrogativa que posee la persona por el hecho mismo de ser persona, por su propia naturaleza y dignidad; derecho que le es inherente y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, ha de ser por ésta consagrado y garantizado.

La determinación de reproducirse o no, constituye un aspecto relacionado con la intimidad de la persona, digno de protegerse por parte del estado, en esta tesitura es que debemos avanzar en la configuración de esta libertad reproductiva con miras a integrar los avances de la tecnología en este ámbito.

En algún momento fue suficiente admitir la libertad de las personas para elegir el número y espaciamiento de sus hijos; sin embargo, la ciencia progresa a pasos agigantados y el derecho debe adecuarse a esos cambios, aún más cuando se trata de tutelar derechos de tanta trascendencia para las personas, como aquellos que tienen que ver con la reproducción. En una sociedad que se jacte de democrática debe respetarse al máximo la autonomía procreativa.

De tal suerte que, debemos dejar claro que el acceso a la maternidad subrogada encuentra su fundamento en la libertad reproductiva, toda vez que forma parte de la esfera privada de las personas el decidir la manera de reproducirse, no debiendo obstaculizarse por argumentos de carácter moral o ético.

Panorama legislativo de la maternidad subrogada en México

Ante la ausencia de normas en torno a la maternidad subrogada en el ámbito federal, han sido las entidades federativas en dar el primer paso para manifestar una postura sobre esta figura.

El hecho de que sean los códigos civiles y familiares de las entidades federativas los que estén regulando la maternidad subrogada provoca un marco normativo heterogéneo que no contribuye en lo absoluto a brindar certeza jurídica a las personas que habitan el territorio nacional.

Así, tenemos respuestas diametralmente opuestas respecto a la maternidad subrogada, dependiendo de la entidad federativa en que habiten las personas, lo cual es poco deseable, toda vez que advertimos que esta figura implica el ejercicio del derecho a fundar una familia, la libertad reproductiva, el derecho a la salud y en general el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Las entidades federativas que han establecido normas relativas a la maternidad subrogada son las siguientes: Tabasco, Sinaloa, Colima, Querétaro y San Luis Potosí.

Tabasco fue en 1997 la primera entidad federativa que reguló la maternidad subrogada y sustituta. Optando por sustentar los acuerdos de maternidad subrogada bajo la figura del contrato, sin embargo, no legisló detalladamente las características y elementos que debía reunir este acto jurídico.

El 13 de enero de 2016 se publica la reforma al código civil de Tabasco donde agrega el capítulo VI bis denominado "De la gestación asistida y subrogada". Así se subsana la carencia de normas jurídicas, toda vez que anteriormente esta figura se regulaba en un solo artículo.

La maternidad subrogada o gestación por contrato como la denomina el código civil de Tabasco sólo se podrá acceder como remedio para el caso de que la mujer contratante no pudiera desarrollar el embarazo en su cuerpo.

De igual manera establece dos modalidades de la "gestación por contrato". La subrogada implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido, que para lograr que se fije la filiación en favor de los padres comitentes deberá recurrirse a la adopción plena.

En este caso la madre gestante es también la madre genética del menor, asemejándose a la entrega de un hijo propio por una cantidad de dinero, en razón de ello es deseable que la gestante jamás aporte su ovulo.

Mientras que asume la modalidad de sustituta cuando la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

En este último caso la filiación queda fijada desde el momento en que se celebra el contrato de maternidad subrogada y es aprobado por un el juez, por lo que no debe tramitarse adopción alguna.

Es realmente lamentable el desconocimiento de la naturaleza jurídica propia que posee la maternidad subrogada. En todas las técnicas de reproducción humana asistida (la maternidad subrogada no es la excepción), el factor determinante de la filiación no es el elemento genético, sino la voluntad procreacional; es decir, no será considerado padre aquella persona que comparta un vínculo genético con el menor, sino aquella persona(s) que hayan manifestado la voluntad de asumir las responsabilidades inherentes a la maternidad o paternidad.

No puede asimilarse la maternidad subrogada a la adopción, puesto que poseen naturaleza jurídica, características y supuestos distintos.

A este efecto señala Martínez-Martínez (2015: 373) que a la adopción "la guían los principios de gratuidad, no negociabilidad, protección del interés superior, remediabilidad, subsidiariedad, judiciabilidad y protección del derecho de identidad del adoptado, los cuales son inexistentes en la maternidad subrogada".

En el artículo 380 bis 3 se establecen los requisitos que debe reunir la madre gestante, los cuales podríamos resumir de la siguiente manera:

a. Deberá cumplir el perfil clínico, psicológico y social, previamente a su contratación, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.
b. No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía.
c. Tener entre 25 y hasta 35 años de edad.
d. Buena salud biopsicosomática.
e. Se le debe informar plenamente acerca del proceso al que se someterá con anterioridad a manifestar su consentimiento.
f. No haber estado embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula que deberá acreditar mediante dictamen médico expedido por una institución oficial de salud.
g. No haber participado en más de dos ocasiones como madre gestante.

El notario público ante el cual se celebra el contrato de maternidad subrogada deberá notificar a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del estado la celebración de dicho contrato, remitiendo copia certificada del instrumento suscrito por las partes. Esto último con la finalidad de tener en cuenta a los comitentes como los padres del menor.

Cabe precisar que ello no tendría sentido en el caso que la gestante haya aportado también su óvulo, toda vez que deberá tramitarse la adopción plena por parte de los comitentes, en cuyo caso habría que esperar la resolución de esta para considerar constituido el vínculo filial.

Lo anterior nos permite reflexionar sobre el supuesto que la gestante se negara a entregar al menor y por lo tanto no otorga su consentimiento para que este sea adoptado.

Con base en procurar una mayor certeza jurídica, parece oportuno consagrar la irrevocabilidad del consentimiento en los convenios de maternidad subrogada; es decir, los comiten-

tes tienen que hacerse cargo del menor, independientemente de cualquier circunstancia que pudiera surgir con posterioridad a la celebración del convenio.

Por otro lado, la gestante debe tener claro que, al momento de concluir el embarazo con el nacimiento del menor, este debe ser entregado a los padres comitentes, toda vez, que desde el momento de la suscripción del contrato la filiación ha quedado determinada, son ellos los padres del menor y no la mujer gestante.

A pesar de las fallas que tiene la legislación de Tabasco, es importante que se haya dado a la tarea de regular el contrato de maternidad subrogada y los efectos que este produce en la esfera jurídica de las personas.

En Sinaloa también se regula la figura de la maternidad subrogada. En cuanto a las modalidades, al igual que Tabasco, establece que la gestante puede aportar su ovulo o solamente la gestación. Sin embargo, a diferencia de la legislación civil tabasqueña, en Sinaloa, la filiación queda determinada en favor de los comitentes desde el momento de la firma del instrumento de maternidad subrogada. Así, aun cuando la gestante sea también la madre genética del menor, no será necesario tramitar la adopción para que se constituya el vínculo filial, sino que estará determinado desde el momento de la fecundación.

En el estado de Sinaloa se establece expresamente que esta puede adoptar la modalidad altruista u onerosa; es decir, será onerosa cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

En Tabasco no se establece las modalidades que puede asumir, por lo que aplicando el principio que señala que todo aquello que no está expresamente prohibido se considera permitido, debemos concluir que de igual manera pueden celebrarse convenios de maternidad subrogada onerosa.

Por otro lado, asume la variante de subrogación altruista "cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita". Es preciso señalar que cuando habla de gratuidad de la maternidad subrogada no implica que los comitentes no erogan ningún pago, sino que solamente se limitan a cubrir los gastos in-

herentes al embarazo, así como los perjuicios que se le producen a la gestante por someterse al embarazo.

El acceso a la maternidad subrogada en Sinaloa es amplio, ya que podrán optar por esta práctica tanto una pareja como una persona sola. De tal suerte que se abre la posibilidad de que un varón o mujer solteros ejerzan su libertad reproductiva como parte del libre desarrollo de la personalidad de manera efectiva, pudiendo formar una familia sin necesidad de tener una pareja estable.

La legislación civil del estado de Colima contempla la posibilidad de que los padres comitentes de un convenio de maternidad subrogada puedan adoptar plenamente al niño que hubiese nacido como consecuencia de dicha práctica.

Al respecto, señala el Código Civil para el estado de Colima:

> Artículo 410-B.- Sólo podrán ser adoptados en forma plena:
>
> 1. El producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización *in vitro* con la participación de una **madre sustituta** que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción.

A pesar de contemplar la posibilidad de que los padres comitentes puedan solicitar la adopción del menor que nazca como consecuencia de la participación de una madre sustituta, ello no termina de resolver los problemas derivados de esta práctica.

Es lamentable que solamente se haya dispuesto de una norma para la maternidad subrogada, puesto que se omite regular el convenio en el cual deberá formalizarse esta práctica.

De igual manera, es completamente erróneo aplicar las normas de la adopción para resolver las cuestiones relacionadas con la maternidad subrogada, como lo manifestamos anteriormente. En tal tesitura, el cumplimiento del convenio queda a voluntad de las partes, lo cual es inadmisible puesto que sólo contribuye a generar incertidumbre jurídica, además que podría detonar un cumulo de disputas judiciales por la filiación de los menores nacidos como consecuencia de esta figura.

La legislatura de San Luis Potosí en lo concerniente a la maternidad subrogada, sanciona con inexistencia el contrato de "maternidad substituta" y por lo mismo no produce efecto legal alguno. Agregando que, si un embrión fuese implantado en una

mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.

En Querétaro, la maternidad subrogada se prohíbe de manera indirecta, puesto que el ordenamiento queretano en el artículo 399 permite la adopción de embriones, la cual define como el procedimiento mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y de su cónyuge o de ella y de su concubino.

Sin embargo, en el siguiente numeral señala que las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión. De tal suerte que el elemento que determinará la maternidad es el parto.

Criterio de la SCJ respecto a maternidad subrogada

El 21 de noviembre de 2018, por unanimidad de votos, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) concedió un amparo a una pareja homoparental para efectos de que el Registro Civil de Yucatán inscribiera a su hijo, concebido a través de la maternidad subrogada, con el apellido de sus padres. Con este fallo trascendental se dio un paso más hacia la regulación de la maternidad subrogada en nuestro país.

En el amparo se discute si la pareja de varones que recurrió a la maternidad subrogada en el estado de Yucatán tenía derecho a inscribir como suyo al menor nacido a través de esta técnica, lo que en un primer momento le fue negado por la autoridad del Registro Civil en el estado.

Respecto al fondo de la sentencia dictada en el amparo en revisión, 553/2018, la corte empieza realizando un análisis sobre si debe reconocerse el derecho a la procreación mediante el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida a parejas de matrimonios homosexuales, concluyendo que efectivamente fundamentado en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé el mandato de que la ley proteja el desarrollo y organización de la familia, de igual manera que se reconoce el

derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

Robustecido con la jurisprudencia donde el mismo tribunal precisó que el concepto de familia que ordena la constitución se proteja, no se identifica ni se ve limitado a un solo tipo de familia, sino que, en el contexto del estado democrático de derecho, con la pluralidad como base, debe entenderse que la norma constitucional se refiere a la familia como realidad social, por lo que tutela todas sus formas y manifestaciones.

En lo particular, respecto al derecho de toda persona para decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, asegura debe considerarse comprendido en el ámbito de libertad y la vida privada de las personas, por lo que el estado no debe imponer injerencias arbitrarias, concluyendo que dentro de esta libertad queda comprendido el derecho a decidir procrear un hijo.

Aunado a lo anterior, señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos referente al derecho a la vida privada y a la familia en el sentido de que constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social en consonancia con sus propias opciones y convicciones, abarcando este derecho la decisión de ser o no padre o madre, así como la posibilidad de serlo en el sentido genético o biológico.

En este sentido, asevera la Corte que el derecho a convertirse en padre o madre se tiene dado a toda persona, sin distinción de preferencia sexual, por lo que debemos reconocer el derecho a las parejas homosexuales para acceder a los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida, y a convertirse en padres o madres a través de esos métodos.

Sigue argumentando la corte que para determinar la filiación de los niños nacidos a través de dichas técnicas de reproducción asistida será relevante la voluntad de los padres, denominada como voluntad procreacional y definida como el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque bilógicamente no lo sea, y con esto todas las responsabilidades derivadas de la filiación.

De igual manera reconoce que la voluntad procreacional se encuentra tutelada por el artículo 4 constitucional y es el fundamento para resolver aquellos casos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

Además, afirma que la ausencia de regulación en la normatividad secundaria no debe constituir un impedimento para que puedan materializarse los derechos humanos, entre ellos la libertad de reproducción.

Agregando que los requisitos, condiciones o procedimientos que deban seguirse para llevar a cabo la maternidad subrogada, en que se cuide la protección de los derechos del niño y de la madre gestante, además de lo correspondiente a quienes pretenden acceder a esa técnica para convertirse en padres, excede la materia del caso planteado.

Ante la falta de regulación de la maternidad subrogada, debe reconocerse que el criterio necesario para determinar la filiación respecto al hijo nacido a través de ella es la voluntad procreacional.

En el caso particular de la maternidad subrogada, aparte de dicha voluntad manifestada por los padres contratantes, debe agregarse la voluntad de la madre gestante para renunciar a la filiación, la cual debe estar libre de vicios, ser mayor de edad, con plena capacidad de ejercicio que garantice su libre desarrollo de la personalidad.

Como consecuencia de la interpretación que en otras resoluciones ha realizado respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, debemos concluir que una mujer que decide someterse de forma libre a la maternidad subrogada con la finalidad de ayudar a otras personas a engendrar, está ejerciendo dicho derecho, por lo que debe tutelarse.

Afirma que el derecho a la identidad del menor no se satisface de forma exclusiva con el reconocimiento de un vínculo biológico, sino que en determinadas ocasiones puede garantizarse de mejor manera reconociendo su realidad social, pues es el contexto en que creció el menor lo que determina quién es y cómo se percibe frente a los demás.

Tutelando su derecho a la identidad, específicamente a ser inscrito inmediatamente después del nacimiento y a tener un

nombre, concatenado con el hecho que quedó demostrado que se encuentra bajo el cuidado y en el seno familiar de los quejosos, debe concluirse que sí se puede establecer la filiación respecto a ellos.

Respecto al padre biológico se constituye el vínculo biológico con motivo del lazo de consanguinidad que los une, previsto en la normatividad familiar del estado de Yucatán.

En cuanto a la pareja del padre biológico, la filiación se considera derivada del acto de reconocimiento efectuado al presentarlo ante el Registro Civil como su hijo, considerando que el lazo biológico no es el único determinante en la filiación, además atendiendo al principio de igualdad y no discriminación en favor de las parejas homosexuales para garantizar su derecho a la procreación mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

Lo anterior se ve robustecido con la voluntad procreacional expresada por la pareja homosexual comitente y el consentimiento manifestado por la gestante en cuanto a no tener la intención de reclamar derecho alguno sobre el menor, aceptando que sea el padre biológico y su pareja quienes asuman todas las obligaciones derivadas de la filiación.

Concluye la Corte que establecer la filiación respecto a los comitentes es lo que exige el interés superior del menor en el caso específico. Afirmando que, bajo estas circunstancias, lo mejor es que sea cuidado por las personas que desean hacerse cargo de él y lo han hecho desde su nacimiento, puesto que la madre gestante no ha manifestado ningún interés por asumir sus responsabilidades.

Además, reconoce el derecho del niño a conocer su origen biológico como parte de su derecho a la identidad.

Necesidad de regular la maternidad subrogada

Como puede advertirse, la libertad reproductiva de las personas implica la decisión de tener hijos o no, pero además se extiende a los métodos a través de los cuales concretan ese plan de vida, por lo que debemos concluir que es necesario regular la maternidad subrogada como parte de esta libertad.

Con el avance científico en torno a la reproducción asistida, hoy es posible superar la infertilidad y procurar que aquellas per-

sonas que en el pasado no podían tener descendencia por padecer esta incapacidad consigan este anhelado deseo.

En el caso específico de la maternidad subrogada, permite que aquellas mujeres que son incapaces de gestar puedan convertirse en madres de hijos que compartan vinculo genético con ellas, por ello, no es razonable que el estado establezca obstáculos que impidan a estas personas tener acceso a esta figura.

Evidentemente quedan aún preguntas por resolver para acometer la regulación de la maternidad subrogada. Algunas de ellas son bastantes delicadas; por ejemplo, si el acceso solo es permisible para aquellas personas que poseen alguna incapacidad para gestar o también para mujeres que no desean embarazarse por cuestiones estéticas, económicas o por priorizar su desarrollo profesional, entre otras razones.

También cabe reflexionar si sólo será posible que recurran a esa opción personas unidas en matrimonio o concubinato, o bien, si personas sin pareja estable pueden auxiliarse de una gestante para reproducirse.

Respecto a la aportación de los padres comitentes cabe preguntarnos si es necesario que al menos uno de los gametos provenga de la persona o personas contratantes o, por otro lado, se permite que tanto el óvulo como el esperma que conforman el embrión sean aportados por donadores, por lo cual el menor que nace como consecuencia de esta práctica, no tendría ningún vínculo genético con los comitentes.

A pesar de lo controvertido que puedan ser estos temas, deben acometerse su discusión con la finalidad de dotar a la maternidad subrogada de un marco jurídico adecuado que proteja los derechos humanos de las personas que intervienen.

La regulación de esta técnica debe atender las características propias que tiene, sin tratar de enmarcarla en figuras o instituciones jurídicas de nuestro ordenamiento. Estamos ante un fenómeno generado a raíz del avance científico y, como tal, debemos entender que reglas vetustas no servirán para adecuar estas prácticas modernas a nuestra sociedad.

Conclusiones

Para las parejas homoparentales integradas por dos varones la maternidad subrogada es la única alternativa para tener un hijo con el cual al menos uno comparta vínculo genético.

Encuadrando la libertad reproductiva como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, esta podría ejercerse de manera individual, por lo que un varón forzosamente tendría que recurrir a esta técnica.

La libertad reproductiva como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la no injerencia del estado en las decisiones privadas de las personas que tienen que ver con reproducirse o no, así como recurrir a la maternidad subrogada.

La libertad reproductiva implica que las personas puedan recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas la maternidad subrogada.

La ausencia de normas jurídicas que regulen el acceso a la maternidad subrogada ha generado incertidumbre jurídica entre aquellas personas que deciden emplearla.

Asimilar la maternidad subrogada a la adopción, tal como lo hacen Tabasco y Colima, genera inconvenientes legales en el acceso de la maternidad subrogada, toda vez que esta se condiciona a un procedimiento de adopción posterior al nacimiento.

Con el primer fallo por parte de la SCJN sobre maternidad subrogada se abre la posibilidad que se reconozca la filiación a favor de las parejas que recurren a la maternidad subrogada, aun cuando exista ausencia de normas.

El derecho a fundar una familia no se limita a proteger a las familias integradas por padres heterosexuales, sino que se amplía la protección a cualquier tipo de familia.

La ausencia de normas en la legislación no es un impedimento para que las personas ejerzan su libertad reproductiva acorde con sus convicciones e intereses.

Atendiendo al principio de igualdad y no discriminación, debemos ampliar la facultad de ejercer la libertad reproductiva en favor de las parejas homoparentales que necesariamente deben recurrir a las técnicas de reproducción asistida.

Bibliografía

Alkorta Idiakez, I. (2006). Nuevos límites del derecho a procrear. En: *Derecho privado y Constitución* (pp. 9-61). España.

Brena, I. (2004). *El derecho y la salud. Temas a reflexionar.* México: IIJ-UNAM.

Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.* Barcelona: Universitat de Barcelona.

Lopez Faugier, I. (2011). Maternidad gestante. En: *Temas de derecho civil en homenaje al doctor Jorge Mario Magallón Ibarra*. México: Porrúa.

Martínez-Martínez, V.L. (2015). *Maternidad subrogada: Una mirada a su regulación en México*. Dikaion.

Pantaleón, F. (1993). Técnicas de reproducción asistida y Constitución. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 15, 129-160.

Pérez Contreras, M. (2012). El debate. En I. Brena, *Reproducción asistida*. México: IIJ-UNAM.

La partidocracia legislativa mexicana: Su antiideología como elemento de análisis

Enoc Francisco Morán Torres

El presidencialismo mexicano se transformó en una partidocracia sin que ésta se encuentre acotada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, máxime que los ciudadanos adolecen de medios de participación eficaces que permitan cuestionar, avalar e impugnar las conductas partidocráticas que afectan la gobernabilidad del país.

Introducción

La presente aportación tiene como objetivo proponer un modelo basado en el factor ideológico de los partidos políticos, para el estudio del fenómeno partidocrático que se presenta en el poder legislativo y que ha logrado empoderar a las referidas entidades de interés público en un nivel que si bien les ha permitido ser artífices solitarios de las grandes decisiones que han impactado en el país, también los distancian cada día más de la ciudadanía.

Por lo que, en el presente trabajo académico, se toma como ejemplo al Partido de la Revolución Democrática en cuanto a partidocracia legislativa desde la Cámara de Diputados se refiere, aunque ello no implica de ninguna manera que dicho instituto político sea el único que realice prácticas partidocráticas en con-

traposición a su ideología partidaria ni que la Cámara en comento sea la única del Congreso de la Unión en la que se presentan las citadas prácticas.

Concepto de ideología partidaria

Aristóteles manifestó que el hombre es un "zon politikon", es decir, es un hombre que está en relación con los demás hombres en cuanto a lo social, cultural y sin lugar a duda en la política.

En ese sentido, cuando se busca teorizar sobre la palabra política, es posible pensar tanto en discursos o teorías lógicas, como en el desarrollo de determinado grupo que busca alcanzar el poder para cumplir con sus propósitos partiendo de una ideología. Por lo que resulta plausible ubicar, entre otros, dos modos de percibir la política: la visión de Burdeau y García Pelayo.

George Burdeau define la política como una "actividad ya desarrollada por los gobernantes, ya por la sociedad con miras a ocupar funciones de dirección en donde se deriva que la política capta los fenómenos en su aspecto dinámico, en lo que atañe a la actividad dirigida tanto a la conquista como al ejercicio del poder" (Osorio, 2000: 770).

Ahora bien, a diferencia de Burdeau, García Pelayo define la política como una "realidad social específica caracterizada por la conversión, mediante un proceso integrador, de una pluralidad de hombres y de esfuerzo en una unanimidad de poder y de resultados capaz de asegurar la convivencia pacífica en el interior y la existencia autónoma frente al exterior" es decir, se refiere a cómo las relaciones interpersonales en el esfuerzo son capaces de hacer verdaderos cambios para todos" (Osorio, 2000: 770).

Ante esta doble vertiente de política es necesario precisar que el presente trabajo se referirá a la política de partido, es decir, al concepto que maneja George Burdeau del grupo que pretende alcanzar el poder para fines propios. Por lo que resulta pertinente acotar que, para dicho cometido, este grupo de personas parten de una ideología que fija las bases de su actuar. Esto es, resulta evidente que el binomio partido político-vertiente ideológica es *conditio sine qua non* para la definición y orientación de su actuar.

Ahora bien, en el contexto de la política mexicana, históricamente se ubican tres partidos que son los que han agrupado la mayor fuerza electoral: el Partido Revolucionario Institucional (PRI), el Partido Acción Nacional (PAN) y el Partido de la Revolución Democrática (PRD), los cuales en congruencia con su ideología deben de conducir sus acciones en beneficio de la colectividad. Sin embargo, no se puede soslayar la existencia del Movimiento de Regeneración Nacional (Morena), mismo que en el pasado proceso electoral ordinario federal 2017-2018 obtuvo la mayoría de diputaciones federales, senadurías y la presidencia de la república, además de gubernaturas y la mayoría de las legislaturas estatales, trayendo como consecuencia una recomposición del mapa político-electoral y del entramado de fuerzas políticas en el sistema de partidos y en el poder legislativo local y federal. Por lo que Morena es la entidad de interés público con mayor fuerza electoral en México, según los datos registrados en el INE y de conformidad con los parámetros existentes para determinar dicha fuerza.

En este sentido podemos decir que los partidos políticos sufren profundamente la influencia de sus orígenes. Sin embargo, parece ser que al final, en términos de Duverger (1996: 15): "El desarrollo de los partidos políticos parece ligado al de democracia, es decir, al de la extensión del sufragio popular y de las prerrogativas parlamentarias"; esto es, en sus actividades diarias no actúan de acuerdo a su ideología como partido, sino con base a las conveniencias personales o de la cúpula partidista de la cual depende su continuidad en la arena política y que los obligan a tomar decisiones autoconcebidas como populares que les reditúen en votos, para valorar dicho factor se considera apropiado hacerlo a partir de las funciones legislativas.

Ahora bien, "cuando más ven crecer sus funciones y su independencia las asambleas políticas, más sienten sus miembros la necesidad de agruparse por afinidades, a fin de actuar de acuerdo a su ideología" (Duverger, 1996: 15). Por lo que, el concepto de ideología partidaria recobra especial interés para analizar las prácticas partidocráticas asumidas por los legisladores y su relación como mandato popular.

La ideología como mandato popular

Para Holgado González (2003), los partidos políticos en los sistemas electorales con democracia madura dan como resultado un congreso plural en el que se aprecian claramente las distintas fracciones ideológicas de la sociedad, pues los ciudadanos eligen a sus representantes populares, teniendo presente el proyecto político ideológico que representa cada partido.

La actual sociedad de la comunicación ofrece a los partidos la posibilidad de transmitir con mayor claridad su ideología, impensable en los tiempos de los partidos de masas, que gradualmente tienden a volverse partidos de cuadros. La inmediatez de los mítines que los líderes partidarios y candidatos, ofrecían a los simpatizantes y militantes del partido de masas, se sustituye por la de los mensajes en los medios de comunicación televisados, alcanzando una difusión incomparable al grado de que ya se habla de, según Sartori, de la "telecracia" (Holgado, 2003:8), por lo que se piensa que las promesas de los partidos contemporáneos adquieren el carácter de un verdadero compromiso ideológico, más claro y del que es testigo toda la opinión pública cuando se realizan, por ejemplo, en los medios de comunicación o se discuten en los debates electorales televisados.

Aunado a lo expuesto con antelación, el uso de las redes sociales se ha masificado de tal manera que un número importante de partidos y actores políticos, servidores públicos y ciudadanos, hacen gala de las redes sociales como instrumento para compartir información de cualquier naturaleza y abrevar de ella. De hecho, el goce y restricción del derecho humano a la libertad de expresión se ventila y dirime en la arena de las multireferidas redes, especialmente cuando se trata de la materia política, representando la dicotomía si éstas deben ser reguladas en el derecho positivo mexicano o restringidas.

En esa tesitura, se espera de los representantes, impulsados por candidaturas de partidos políticos y libremente elegidos, que se guíen por el proyecto ideológico ofrecido a los electores y registrado como plataforma electoral ante la autoridad administrativa electoral. De lo contrario, el programa electoral perdería su sentido racionalizador del ejercicio del sufragio y éste se convertiría en

un voto a ciegas, que ni siquiera cabría encuadrar en una relación de confianza elector-representante, ya que el voto se decide en atención a unas siglas ideológicas ofertadas en el momento del registro de un partido o del registro de un candidato. Y es que, si los programas electorales y los compromisos ideológicos asumidos durante la campaña pierden valor al día siguiente de las elecciones, entonces se cometería el error de seguir fincando la democracia en los votantes y no en los ciudadanos. Puesto que, en términos de Guillermo O`Donell (2007: 18), la democracia está redirigiendo constantemente la mirada de los ciudadanos de un presente, más o menos insatisfactorio, hacia un futuro de posibilidades todavía incompletas.

De hecho, aún el llamado voto de conciencia de los legisladores, no puede pasar por alto el compromiso político hacia un programa ideológico. Así, el mandato popular que cada diputado ha obtenido es producto de la voluntad de quienes le eligieron, aunque ello no es óbice para considerar que tal determinación de voluntad se ve influenciada por la exposición de un programa ideológico jurídicamente lícito. Esto es, la fidelidad a este compromiso ideológico no puede ser desconocida ni obviada. Por tanto, ese principio de libertad de conciencia de los legisladores se ve caracterizado por un proyecto político y por una determinada ideología: la de su partido.

El alejamiento del partido político de su ideología resulta ilegítimo desde este punto de vista, y tal deslealtad hacia los electores que votaron por el partido es ideológicamente censurable, pero lo es aún más cuando tal conducta adquiere mayores dimensiones de deslealtad porque, frente a una pluralidad de opciones ideológicas en el momento de la decisión electoral, el elector eligió libremente la que le pareció más adecuada y es ésta la que promovió la entidad de interés público durante la campaña de sus candidatos. Por lo que, el partido político no puede, lisa y llanamente, desvincularse de su postulación.

Ahora bien, es cierto que estamos ante un compromiso ideológico que no es exigible jurisdiccionalmente, pero ello no le priva necesariamente del valor éticamente vinculante, ya que pueden existir otros mecanismos de control social que incluso pueden

llegar a ser más eficaces. En un plano político, para los electores a la hora de volver a votar adquiere especial relevancia la gestión realizada por la fracción partidista anterior en el Congreso y el cumplimiento del programa ideológico del partido correspondiente, sea como mayoría que direcciona ideológicamente o como minoría que hace contrapeso ideológico. Aspecto que adquiere mayor relevancia con la figura de la elección consecutiva o reelección inmediata.

Además, en la explicación teórica del parlamento, el Congreso funciona, con fracciones de partidos ideológicamente disciplinados, lo que, en teoría, debiera hacer predecibles los resultados de los debates y votaciones. Como consecuencia de ello, el Congreso aparece claramente dividido en mayorías gobernantes y minorías opositoras, desempeñando unas y otras funciones distintas. Las mayorías, alineándose con el gobierno desde la legislatura, van a cooperar en cierto modo en la función de dirección ideológica. Por su parte, la oposición asumirá la función de contrapeso ideológico del ejecutivo, a la vez que se muestra al electorado como alternativa ideológica de gobierno.

En ese sentido, esa debiera ser la naturaleza ideológica del mandato popular, particularmente en el caso de los diputados, pero que no está reflejada en las normas constitucionales en el caso de nuestro país, donde los legisladores no adquieren carta de naturaleza ideológica, al grado de que pueden renunciar a la bandera ideológica que les mandató el voto popular, sin perder por ello la representación popular. Así el protagonista en la relación representativa es el diputado y no la ideología que abanderó en campaña y con lo que el poder del legislador más que institucional, se vuelve individual. La ideología es como si no existiera, como si fuera sólo un *slogan* publicitario de campaña que se disuelve una vez que concluyó el proceso electoral.

De hecho, una práctica común que debilita la práctica parlamentaria es el transfugismo el cual resulta aplicable al servidor público, cuyo origen es la elección popular, que cambia de ideología o del partido o movimiento que lo postuló y no al ciudadano que cambia de opción ideológica (Morán, 2017: 17). De esta forma, el trásfuga representa una deslealtad para el ciudadano que le votó

quien, para efectos de emisión del sufragio, asoció al candidato con la entidad de interés público que lo impulsó y para el propio partido que lo postuló, en el caso de las candidaturas por la vía de partido.

Ante ello, los ciudadanos se extrañan cuando ven que las expectativas ideológicas pueden ser alteradas por el comportamiento de diputados que no son fieles al proyecto con el que se comprometieron ante el electorado, sin que la legislación constitucional —en el caso de México— sancione nada al respecto, ante la indisciplina ideológica que en el mejor de los casos tiene que ver con un voto de conciencia, pero en el peor, y por lo general, tiene que ver con intereses inconfesables de carácter personal o grupal que fortalecen la partidocracia, vista como la degeneración del sistema de partidos en los que una élite decide el rumbo de la agenda política, la agenda pública y el control de los partidos políticos, dejando al ciudadano relegado para que emita el sufragio en los términos y las condiciones que dicha élite determina (Morán, 2017).

La solución óptima para que precisamente ese mandato ideológico sea eficaz, es replantear partidos verdaderamente ideológicos en su estructura constitucional como fracciones parlamentarias. La dificultad de lograr esa anhelada democracia ideológica de los partidos se debe, como señalara Duverger, fundamentalmente a su carácter necesariamente competitivo (Holgado, 2003:17), que les lleva a privilegiar estrategias pragmáticas electorales, por sobre compromisos ideológicos de largo aliento que acotarían la partidocracia y harían de los representantes populares verdaderos mandatarios de las distintas ideologías que emanan de la sociedad y le permitiría a ésta, ser genuinamente representada.

Lo anterior constituiría una señal inequívoca de que los canales de la democracia han llegado a su plena madurez, al grado de ser capaces de desahogar conflictos sociales de largo alcance, como el narcotráfico, siendo hoy por hoy el talón de Aquiles de una democracia en crisis, sin rumbo ideológico y donde la partidocracia está representando una perversión del mandato popular y ha relegado la participación ciudadana al último eslabón de la larga cadena de las prioridades del sistema político, dotándole a la ciudadanía de paliativos democráticos mediante vacuas reformas constitucionales y legales en materia política y electoral.

La partidocracia como perversión del mandato popular

El mandato popular y su ineluctable vínculo con los actores partidocráticos han generado severos cuestionamientos sobre la viabilidad de que el mandato subsista hasta que los referidos actores concluyan el periodo para el cual fueron electos, a pesar de las acciones partidocráticas que estos ejecuten y que cada día son más comunes; con la esperanza de que sea la mayoría del pueblo, mediante las urnas, quien decida si dicho sujeto continúa en la escena política en futuros cargos de elección popular.

Es por ello que el tema del mandato popular debe ser revisado para buscar garantizar que la clase política, con cargos de responsabilidad, se ciña a la ley, busque el interés colectivo y sea congruente con los documentos básicos del partido político que lo postuló y en los cuales los ciudadanos creyeron, depositando su confianza en las urnas con la expectativa del cumplimiento de las promesas de campaña pregonadas por los candidatos o registradas como plataforma electoral por los partidos políticos.

Lo anterior, sin menoscabo de la importancia que reviste que los legisladores antepongan los intereses de la nación sobre los propios o los de la élite partidocrática que los postula o los apoya y permite su avance en la carrera política, tal es el caso que, para efectos de la elección consecutiva de munícipes y legisladores, el aspirante debe ser propuesto por el mismo partido que le postuló en la elección inmediata anterior. Circunstancia que propugna por la disciplina partidaria y el control de las élites partidistas sobre sus militantes y sobre los servidores públicos emanados de elecciones populares.

Las prácticas partidocráticas en el estado han impactado desfavorablemente en el ánimo de la ciudadanía y en el propio del electorado, a tal nivel que en las últimas elecciones locales y federales se ha presentado el fenómeno del voto en blanco, como una manifestación de la no conformidad popular con las opciones políticas presentadas —incluyendo las candidaturas independientes— y la poca oferta, en términos de plataforma electoral, presentada durante la campaña electoral máxime si los gobernan-

tes en turno no cumplen con las expectativas generadas durante el proceso electoral que, a la postre, les permitió ser electos y se alejan de los principios ideológicos que enarbolaron y que sólo se invocan cuando el discurso político lo demanda.

Además, se debe de considerar que las tomas de tribuna en la Cámara de Diputados; la no aprobación de iniciativas legislativas por el simple hecho de provenir de partido político con el cual se tiene, en ese momento, diferencias; el manejo ilegal de recurso públicos; los pleitos frívolos entre actores políticos; la nula rendición de cuentas sobre el trabajo parlamentario; la falta de medios de control de la eficacia de la ley aprobada y los pactos en la clandestinidad en materia de alianzas electorales, en muchos de los casos han logrado que la ciudadanía crea menos en la clase política y cuestione la actuación de los propios partidos, considerados en el artículo 41 de nuestra carta fundamental, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como entidades de interés público.

Los anteriores factores han generado que la partidocracia se convierta en una perversión del mandato popular, puesto que las y los legisladores han ponderado los intereses partidistas, económicos y electorales a los intereses realmente importantes para el país y han frenado una serie de iniciativas que coadyuvarían decididamente el desarrollo del país.

Por lo que, la participación de la ciudadanía aún se ve limitada a recurrir a las urnas para elegir a quien ocupará el cargo público y deja a las instituciones que sean las responsables de la vigilancia, fiscalización y sanción. Ello, en detrimento del papel proactivo que debe de jugar el ciudadano en la vigilancia de la actuación de sus gobernantes, puesto que una democracia con mayor nivel de consolidación cuenta con una ciudadanía informada y participativa en el ámbito público.

Sin embargo, en algunas legislaciones se ha previsto con mayor y menor éxito la revocación de mandato como un medio de control que permite sancionar a los servidores públicos que no cumplan con la ley que juraron acatar, lo que implica que el ciudadano tiene la potestad de retirar la confianza al gobernante.

Ante todo lo acontecido en la última década en México, debería haber una catarsis de los partidos políticos para tener mayor acercamiento con los electores, detentadores originarios de la soberanía y clientes recurrentes para legitimar, en las urnas, la actuación de las élites partidocráticas, sin menoscabo de la ideología partidaria y del propio mandato popular. De lo contrario, seguirá la tendencia proclive a una antiideología partidaria.

La ideología en la partidocracia legislativa mexicana

Para Andrés Luetich (2002), todas las ideologías políticas pueden reducirse, en última instancia, a cuatro fundamentales: liberalismo, socialismo, nacionalismo y anarquismo; sin embargo, para el autor, en la práctica política nunca se encuentran en estado puro, sino combinadas de diversas formas, ya que entre las cuatro ideologías fundamentales no hay dos que se opongan en todo. Se podría decir que son equidistantes entre sí, en las cuestiones de mayor importancia, cada una coincide con otra y se opone a las restantes dos. El autor utiliza tres criterios de clasificación: a) Primacía del individuo o del grupo; b) Aceptación o rechazo de la propiedad privada; y c) Relación con el *mito* racionalista del progreso.

En la *primacía del individuo o del grupo*, el ser humano y tal como le conocemos, vive en relación con otros humanos. No hay sociedad sin individuos ni individuos sin sociedad. Al reflexionar sobre esta mutua relación, algunos autores asignan mayor importancia a uno de los dos términos y colocan al otro a su servicio. Según este criterio, las cuatro ideologías políticas fundamentales pueden ser divididas en dos grupos: los totalistas, que son socialismo y nacionalismo, y que priorizan al grupo; y las individualistas, liberalismo y anarquismo, que dan prioridad al individuo.

El segundo criterio de clasificación, *aceptación* o *rechazo de la propiedad privada*, del régimen de propiedad depende, en definitiva, toda la organización económica de la sociedad. Algunos entienden que en la propiedad privada de los medios de producción reside el origen de todos los males sociales; otros, por su parte, la consideran indispensable para la marcha de la economía y para el ejercicio efectivo de la libertad individual. Según este criterio,

las cuatro ideologías políticas fundamentales pueden ser divididas en dos grupos: las contrarias a la propiedad privada, socialismo y anarquismo; y las que están a favor de la propiedad privada, liberalismo y nacionalismo.

El tercer criterio de clasificación, *relación con el mito racionalista del progreso*, ¿es la historia un camino gobernado por un sentido, por una ley racional que la rige y orienta más allá de las decisiones de los individuos y los grupos hacia un destino de perfección? Muchos lo creen así y piensan y actúan convencidos de colaborar con el desarrollo que la historia impone al hombre en cuanto camino de paulatino perfeccionamiento. Otros, por el contrario, descreyendo de todo finalismo, basan sus propuestas en la decisión personal de individuos o grupos limitados sólo por su contexto y su propia capacidad, o aceptan un cierto finalismo, pero de tipo romántico, no racionalista, cuyos protagonistas son los pueblos con sus particularidades. Según este criterio, las cuatro ideologías políticas fundamentales pueden dividirse en dos grupos: las progresistas: socialismo y liberalismo; y las románticas o no racionalistas: anarquismo y nacionalismo.

En el anterior contexto de los criterios de Luetich, es que se propone el análisis de las ideologías de los cuatro partidos más representativos en nuestro país; PRI, PAN, PRD y Morena; sin dejar de considerar que a veces la ideología resulta hipotética porque los partidos en México se han vuelto bastante pragmáticos, al no existir un marco legal que exija el acotamiento y distinción de las ideologías, como función y razón de ser de los partidos en las democracias maduras que apuestan más a la ideología que a los liderazgos de los candidatos. Sin embargo, como ejercicio metodológico se propone, y conforme al historial de cada uno de los cuatro partidos, una tabla de clasificación ideológica en la que al PRI se la asigna fundamentalmente un carácter nacionalista, por su identificación histórica con el movimiento revolucionario y constitucionalista mexicano de 1910-1917; al PAN se le asigna esencialmente un carácter liberal por su vinculación tradicional con la economía de mercado a través del sector empresarial mexicano desde su fundación en 1939; en el caso del PRD se le asigna una ideología tendiente al socialismo por su vinculación con la iz-

quierda mexicana y con el movimiento de inspiración cardenista histórica, a partir de su fundación en 1989; mientras que a Morena se le asigna una ideología de un progreso fuerte hacia un comunismo social.

Una vez apuntado lo anterior, resulta procedente identificar la ubicación ideológica de los cuatro partidos políticos con mayor fuerza electoral en México, a partir de los resultados que arrojó la última elección presidencial en 2018.

En efecto, la contienda electoral de 2018 trajo, entre otros efectos no menos importantes, la reconfiguración de las fuerzas políticas en México y el desplazamiento del llamado partido hegemónico al tercer lugar de la fuerza electoral. Esto es, atendiendo al número de votos que los partidos políticos obtuvieron en la elección de diputados federales por el principio de mayoría relativa, se advierte lo siguiente: el PAN 9'898,840 votos (17.7%); el PRI 9'197,913 votos (16.4%); el PRD 2'840,400 votos (5.1%); el Partido Verde Ecologista de México (PVEM) 2'615,724 votos (4.7%); el Partido del Trabajo (PT) 1'934,092 votos (3.5%); el partido Movimiento Ciudadano (MC) 2'373,165 votos (4.2%); el partido Nueva Alianza (NA) 1'350,806 votos (2.4%); el partido Morena 20'474,523 votos (36.6%) y el Partido Encuentro Social (PES) 1`117,394 votos (2.0%) (INE, 2018).

De los datos precisados con antelación, se advierte que los cuatro partidos políticos con mayor fuerza electoral en México son los siguientes: Morena, PRI y PRD.

Ahora bien, con la finalidad de dimensionar la esencia de los partidos políticos en comento y la importancia que dicho *sustratum* tiene en términos ideológicos, en el cuadro I se propone la identificación de la ideología hipotética de las multirreferidas entidades de interés público, conforme a la clasificación de Luetich.

Más aún, la ideología de los partidos políticos referidos con antelación se desprende de la revisión realizada a los documentos básicos que poseen, principalmente en la parte relativa a la declaración de principios de cada una de las entidades de interés público en comento. Por lo que, en líneas precedentes se incorpora la citada revisión en el orden que establece la fuerza electoral de cada uno de los partidos políticos.

Cuadro I

Identificación de la ideología hipotética de los partidos políticos en México con mayor fuerza electoral

Partidos políticos con mayor fuerza electoral	Primacía del individuo o del grupo	Aceptación o rechazo de la propiedad privada	Relación fuerte o débil con el concepto de progreso
Movimiento de Regeneración Nacional (Morena)	Totalitarismo socialista	Propiedad socialista	Progreso *fuerte* hacia un comunismo social
Partido Acción Nacional (PAN)	Individualismo liberal	Propiedad privada liberal	Progreso liberal fuertemente anclado en el mercado
Partido Revolucionario Institucional (PRI)	Totalitarismo nacionalista	Propiedad privada nacionalista	Progreso *débil* acotado por el respeto a tradiciones armónicas con la naturaleza
Partido de la Revolución Democrática (PRD)	Socialismo democrático	Propiedad privada sin relevancia	Progreso con estructuras estatizadas

Fuente: Elaboración propia a partir de la clasificación propuesta por Luetich (2002).

En la *Declaración de principios de Morena* (2010), en el parágrafo 1 se menciona:

> El cambio que plantea MORENA es pacífico y democrático. Busca la transformación por la vía electoral y social, lo cual supone respetar la libertad de elección, de expresión, asociación y manifestación de los mexicanos, la Constitución Política, las leyes y las instituciones que de ella emanen; y un elemento determinante, la participación democrática del propio pueblo en los asuntos públicos. No nos mueve el odio, sino el amor al prójimo y a la patria. Los cambios que planteamos los realizamos y realizaremos obligándonos a observar la Constitución y las leyes nacionales.

Lo anterior, denota la ideología socialista de izquierda, como resultado de luchas políticas; tiene como base la democracia y la participación activa del pueblo en torno a un objetivo común.

En el parágrafo 8, se menciona:

> MORENA forma parte de las luchas del pueblo de México, en defensa de la soberanía, el patrimonio colectivo, la

> dignidad, la justicia, la democracia y el bienestar del pueblo. Luchamos por nuestra independencia y defendemos la soberanía nacional.

Es claro que el mencionado partido busca ponderar y respetar en todo momento los derechos sociales y lograr que existan mayores márgenes de democracia ciudadana y pluriculturalidad.

En el parágrafo 10 se enuncia: "Nuestro principal objetivo es construir una sociedad libre, justa, solidaria, democrática y fraterna". De lo anterior podemos rescatar que se está en contra de las desigualdades sociales y busca que exista un tipo de comunismo social, pero ¿acosta de qué piensa lograr su objetivo?

En la *Declaración de principios del PAN* (2012), en el parágrafo 5 se afirma:

> La Nación es comunidad de comunidades, unidas por diversos vínculos, con origen y destino común. Se reconoce como la suma de sus partes y se enriquece con el aporte socialmente responsable de las mujeres y los hombres que la componen. Brinda comunión de pasado, de presente y de destino.

Es evidente que en esta declaración se privilegia al individuo por sobre el grupo social.

En el parágrafo 119 del programa de acción que constituye la operación pragmática de los principios ideológicos se enuncia:

> Requerimos una política de desarrollo empresarial e industrial que, dentro de la formalidad productiva, nos inserte exitosamente en la globalización, compitiendo con los productos y servicios que potencien nuestras ventajas a través del fortalecimiento del mercado interno, la creación de cadenas productivas y de una reforma al sistema financiero que facilite el crédito y la inversión.

En el anterior contexto queda anclada al mercado, tanto interno como global, la idea de progreso mediante el desarrollo empresarial e industrial.

Mientras tanto, en la *Declaración de principios del PRI* (2017), en el parágrafo 38, se cita:

> Somos un Partido responsable y de valores nacionalistas que concibe a nuestra soberanía como el fundamento es-

> tratégico para influir en el proceso de globalización y para orientar la política exterior.

La anterior declaración justificaría un totalitarismo no de carácter estatizado como en el socialismo, pero sí nacionalista, en cuanto se asume la soberanía de la nación como eje rector de la política exterior.

En el segundo párrafo del parágrafo 31 se afirma: "Queremos una ciudadanía sustentada en el empoderamiento económico de hombres y mujeres, basada en la igualdad económica, política, social y de género". Lo anterior denota una inclinación más por el ciudadano como parte del grupo social, que, por la persona en lo individual, pues la ciudadanía integral es la base del desarrollo de la sociedad.

En el tercer párrafo del parágrafo 21 se agrega:

> Estamos comprometidos con el fomento a la vocación emprendedora de las micro, pequeñas y medianas empresas; la integración de una política agropecuaria y pesquera nacionalista; la economía mixta, el apoyo al desarrollo rural que incremente la producción y productividad en el campo; asegure la cohesión social y la competitividad de nuestras y nuestros productores. Que, como tema de seguridad nacional, se resuelva la soberanía y la seguridad alimentaria de los y las mexicanas con tecnología de vanguardia.

En la anterior declaración prevalece la propiedad privada de carácter nacionalista, en cuanto que reconoce una economía basada en la propiedad de micro, pequeñas y medianas empresas, pero subordinadas a una soberanía de carácter nacional, en cuanto que tales empresas deben asegurar una cohesión social, que garantice y resuelva una soberanía y seguridad de subsistencia para los mexicanos.

El parágrafo 34 añade:

> Nos pronunciamos por una sociedad en donde la igualdad sustantiva y la paridad de género sean una realidad, que contribuya al establecimiento de una cultura de respeto e inclusión entre los hombres y las mujeres, donde todas las personas puedan gozar de los mismos derechos fundamentales y posibilidades de progreso personal y profesional y contribuir al desarrollo del país.

Es evidente que, en la anterior declaración, las políticas públicas que son el instrumento técnico para promover el progreso, se encuentran subordinadas a la naturaleza, lo que acota el progreso y lo vuelve hasta cierto punto heterogéneo y anárquico, pues dicho progreso se vuelve *disparejo* en aras de privilegiar tradiciones regionales, incluso en el uso de las tecnologías más armónicas con la naturaleza.

Inclusive, el PRD, en su *Declaración de principios* (2015), en el capítulo de *Identidad partidaria* manifiesta que:

> Aspira a construir un socialismo democrático que respete las libertades, las garantías individuales, derechos humanos, justicia social y se construya desde abajo mediante la participación de la sociedad organizada en las decisiones fundamentales.

Lo anterior evidencia que lo individual queda subordinado a lo total-social en pro de la construcción de un socialismo democrático.

En materia de propiedad, en el capítulo de *Economía* se reconoce que:

> Es indispensable garantizar la autonomía alimentaria del país, la defensa del ejido y de la propiedad comunal de la tierra. Reitera que los hidrocarburos son propiedad de la Nación. El PRD se encuentra en constante lucha en contra de la privatización de los bienes nacionales estratégicos, por lo que se proclama como principio fundamental su recuperación a favor de nuestra Nación.

Es claro que en la ideología perredista la propiedad privada no tiene relevancia.

En el mismo capítulo de *Economía* que se traduce como *Progreso* se asume:

> Como alternativa al capitalismo neoliberal el PRD asume la necesidad de la intervención directa del PRD en la economía en las áreas estratégicas de alimentación, producción de energías limpias, telecomunicaciones, procesos de alta tecnología, caminos y puentes, medios de comunicación, sistemas financieros, proyectos de infraestructura nacional y regional, transferencia tecnológica para el desarrollo regional, mecanismos que protejan la

> economía interna y con un comercio solidario entre las regiones del país, con las naciones latinoamericanas y del mundo. Esta fortaleza económica le permitirá cumplir mejor su papel regulador de la economía, acotándolo con mecanismos de control social.

En este capítulo de la ideología del PRD se evidencia cómo el progreso fuertemente descansa en estructuras estatizadas, que es una de las características de la ideología socialista.

Ahora bien, a manera de guisa, se exponen las votaciones del PRD en diversas iniciativas que evidencian elementos de partidocracia legislativa, incluso en contra de la ideología plasmada en su *Declaración de principios*. Sin que ello represente, como se apuntó al inicio del presente capítulo, que dicha entidad de interés público sea la única que incurre en ello.

El PRD se ha distinguido en la última década por ser un opositor en el Congreso de la Unión de las iniciativas presentadas por el *partido del presidente*. En ese tenor, a continuación se estudian algunos ejemplos del segundo periodo de sesiones del primero y segundo año de ejercicios legislativos de la Legislatura 2000-2003 de la Cámara de Diputados en materias como seguridad social, Hacienda y seguridad social, y que resultan emblemáticos para el presente estudio.

Seguridad social

Martes 17 de abril de 2001

De la Comisión de Seguridad Social, con proyecto de decreto que reforma el artículo 57 de la Ley del ISSSTE (para homologar las pensiones de los jubilados con las percepciones de los trabajadores en activo), en lo general y en lo particular (anexo 1).

En el numeral 7 del programa de acción, el PRD aborda el tema de la seguridad social universal, es por ello que los diputados del Congreso emiten una votación a favor de la ley presentada, ese es su sustento ideológico, ya que menciona dicho numeral que la seguridad social será convertida en sistema universal en beneficio de toda mexicana y mexicano quienes, por serlo y residir en el territorio nacional, tendrán derecho a la jubilación o a una pensión vitalicia y suficiente que garantice una vida digna. Ello, con relación a la previsión del cita-

do documento, por lo que se considera que su votación, en este caso concreto, es congruente con su ideología.

Hacienda y seguridad social

Miércoles 24 de abril de 2002

De las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público, de Seguridad Social y de Trabajo y Previsión Social, con proyecto de decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (en lo general y en lo particular los artículos no reservados) (anexo 2).

De las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público, de Seguridad Social y de Trabajo y Previsión Social, con proyecto de decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (en lo particular los artículos 3º, 18, 74 Bis, sexto y octavo transitorios reservados, con las modificaciones) (anexo 3).

De las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público, de Seguridad Social y de Trabajo y Previsión Social, con proyecto de decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (en lo particular los artículos 37, 43 y 48 reservados, en sus términos) (anexo 4).

De las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público, de Seguridad Social y de Trabajo y Previsión Social, con proyecto de decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (en lo particular el artículo 123 reservado con la modificación) (anexo 5).

los anexos 2, 3, 4 y 5, correspondientes a las votaciones del 24 de abril de 2002, puede haber incongruencia ideológica en casos diversos por parte del PRD. Esto es, se advierte en el anexo 1 que en la votación del 17 de abril de 2001 y en temas de igual materia, como los discutidos y aprobados por el PRD ese día, vota a favor del proyecto presentado, ello en congruencia con su ideología; mientras que, en las votaciones del 24 de abril de 2002, cuando se trata de temas de Hacienda y Seguridad Social, vota contrariamente a su ideología, lo que constituye el concepto de *partidocracia*, que se propone en el presente estudio sin prejuzgar si el PRD tuviera una justificación ideológica en el caso, ya que las votaciones de los anexos *sólo ilustran el método*, como puede medirse cualitativamente la partidocracia desde una perspectiva ideológica, ya que de acuerdo

al paradigma que se propone en este trabajo, las ideologías son el sustento del mandato popular otorgado en las urnas a los candidatos conforme a ideologías que identifican a cada partido.

Conclusiones

La partidocracia legislativa mexicana representa una descomposición del sistema de partidos y el deber que éste tiene para el fortalecimiento del sistema político, el respeto al mandato popular y la construcción de ciudadanía. Dicha partidocracia ha privilegiado los intereses económicos y políticos de una élite que deja de lado al ciudadano para verlo sólo como votante que acudirá a las urnas en los términos y bajo las condiciones que se le convoque. Ello, en virtud de que los partidos políticos se han olvidado de la ideología que está consignada en sus documentos básicos y que, en teoría, representan el fundamento y motivo de su nacimiento a la vida pública para dar paso a convertirse en vehículos que llevan personas a elecciones y, eventualmente, al poder.

En consecuencia, la partidocracia legislativa mexicana evidencia que los partidos políticos representados en los órganos legislativos, en diversos casos, buscan que los otrora candidatos postulados por éstos actúen en términos antiideológicos, bien sea presentando iniciativas o votándolas a favor o en contra, sin que dichas acciones fundamentales de la actividad parlamentaria sean consistentes con la ideología del partido político que los postuló.

Referencias

Duverger, M. (1996). *Los partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica.

Morán, T.E. (2017). *Descifrando la partidocracia mexicana*. México: Porrúa.

Osorio, M. (2000). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Argentina: Heliasta.

Electrónicas

Declaración de principios del PAN. (2012). Recuperado de https://www.eleccion2012mexico.com/partidos-politicos/pan/declaracion-de-principios-del-pan

Declaración de principios PRI. (2017). Recuperado de http://pri.org.mx/SomosPRI/Documentos/DeclaracíondePrincipios2017.pdf

Declaración de principios del PRD. (2015). Recuperado de http://www.prd.org.mx/documentos/basicos/DECLARACION_PRINCIPIOS.pdf

Holgado, M. (2003). *Consideraciones sobre la necesidad de revisar el papel de los partidos políticos en la democracia actual.* Sevilla, Recuperado de http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/electoral/MariaHolgado.pdf .

Instituto Nacional Electoral. "Fuerza Electoral por Partido Político 2018. Diputados MR". *Sistema de consulta de la Estadística de las Elecciones del Proceso Electoral 2017-2018.* Recuperado de https://siceen.ine.mx:3000/#/fuerza-electoral.

Luetich Andrés (2002). *Clasificación de las ideologías políticas*. Publicación: Actas de la Academia Luventicus (Actas Acad. Luv.). ISSN 1666-7581. Recuperado de ftp.luventicus.org/trabajos/02AAL002.pdf

Morán, T.E. (2017). Transfuguismo: dicotomía entre la lealtad partidaria y la participación política. Una visión desde los precedentes judiciales en México. Revista *Dikaion*, 31 (26), Núm. 1. Chía, Colombia. Junio 2017. Recuperado en https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/7367

O`Donell, G. (2007). Las crisis perpetuas de la democracia. *Revista Polis*, 3 (1). Recuperado de Dialnet-LasCrisisPerpetuasDeLaDemocracia-2515214.pdf.

Proyecto de Decreto que reforma el artículo 57 de la Ley del ISSSTE (para homologar las pensiones de los jubilados con las percepciones de los trabajadores en activo). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx

Proyecto de Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (en lo general y en lo particular los artículos no reservados). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx

Proyecto de Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (en lo particular los artículos 3o., 18, 74 Bis, sexto y octavo transitorios reservados, con las modificaciones). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx

Proyecto de Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (en lo particular los artículos 37, 43

y 48 reservados, en sus términos). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx

Proyecto de Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (en lo particular el artículo 123 reservado con la modificación). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx.

Anexos. Votación

Cuadro I

Votos	Total	PRI	PAN	PRD	PVEM	PT	PSN	CONV	PAS	IND
Favor	444	177	194	50	11	6	3	1	2	0
Contra	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Abstención	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Quórum	2	1	0	0	1	0	0	0	0	0
Ausente	54	32	13	2	4	2	0	0	0	1
Total	500	210	207	52	16	8	3	1	2	1

Cuadro II

Votos	Total	PRI	PAN	PRD	PVEM	PT	PSN	CONV	PAS	IND
Favor	285	100	173	0	11	0	0	0	0	1
Contra	76	28	0	38	0	5	2	1	1	1
Abstención	11	8	3	0	0	0	0	0	0	0
Quórum	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ausente	127	71	31	15	5	3	1	0	1	0
Total	499	207	207	53	16	8	3	1	2	2

Cuadro III

Votos	Total	PRI	PAN	PRD	PVEM	PT	PSN	CONV	PAS	IND
Favor	294	104	179	0	9	0	2	0	0	0
Contra	63	21	0	34	0	6	0	1	0	1
Abstención	10	10	0	0	0	0	0	0	0	0
Quórum	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0
Ausente	131	71	28	19	7	2	1	0	2	1
Total	499	207	207	53	16	8	3	1	2	2

Cuadro IV

Votos	Total	PRI	PAN	PRD	PVEM	PT	PSN	CONV	PAS	IND
Favor	294	110	177	0	5	0	2	0	0	0
Contra	57	17	0	31	0	7	0	1	0	1
Abstención	7	7	0	0	0	0	0	0	0	0
Quórum	2	2	0	0	0	0	0	0	0	0
Ausente	139	71	30	22	11	1	1	0	2	1
Total	499	207	207	53	16	8	3	1	2	2

Cuadro V

Votos	Total	PRI	PAN	PRD	PVEM	PT	PSN	CONV	PAS	IND
Favor	326	124	169	21	8	0	2	1	0	1
Contra	22	6	1	9	0	6	0	0	0	0
Abstención	3	2	0	1	0	0	0	0	0	0
Quórum	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0
Ausente	147	74	37	22	8	2	1	0	2	1
Total	499	207	207	53	16	8	3	1	2	2

La participación ciudadana en el diseño de políticas públicas destinadas al desarrollo social en México

Enoc Francisco Morán Torres
Iván Sánchez

¿Puede ser deseable lo poco posible? Una primera reacción sería decir que esta pregunta resulta irrelevante, ya que si la democracia directa es poco posible, entonces no tiene sentido preguntarse si es deseable.

Daniel Zovatto

Introducción

La ausencia de la democracia participativa en actos especialmente conferidos al poder ejecutivo ha ocasionado que éstos no siempre representan un impacto en las cifras de la problemática por la cual fueron diseñados, incluso hay ocasiones que debido a esta ausencia los indicadores aumentan. La política pública diseñada por el poder ejecutivo, si bien es cierto toma datos duros de la sociedad para su creación, no necesariamente se forma a partir de la opinión de los beneficiarios de dicha política, provocando que al momento de su aplicación no surta los efectos esperados al estar a veces alejada de la realidad o de las necesidades de la población.

Sin duda, la participación e influencia en la toma de decisiones es de gran utilidad, es por ello que diversas legislaciones en la nación contemplan mecanismos democráticos de participación ciudadana; lamentablemente se ha vivido una inoperancia de dichos mecanismos, o bien una simulación de los mismos; por ello se considera necesario fortalecerlos y adaptarlos a las condiciones sociales actuales, en especial a impulsar su implementación en el diseño de políticas dirigidas al desarrollo social.

Como es sabido, el desarrollo social busca promover el bienestar y, consecuentemente, mejorar la calidad de vida de los ciudadanos combatiendo las necesidades de ellos; sin embargo, las necesidades son tan amplias en nuestro país que es imposible imaginar que la política social que busca contrarrestar indicadores graves provenga exclusivamente de un poder público, es por ello que la política social diseñada por el presidente de la República, dentro del Plan Nacional de Desarrollo, no debe verse alejada de la necesidad regionalizada de cada entidad federativa o zona económica, y que la participación ciudadana esté presente al momento de su diseño.

Es necesario acercarse a las necesidades de la población y extraer datos a través de mecanismos democráticos; así mismo "es necesario cuestionarnos sobre la eficiencia del mismo, evaluando los aspectos a mejorar" (López Sáenz, 2016: 3). Se deben formular mecanismos para medir la eficiencia del proceso, y evaluar los aspectos a mejorar, dándole vigencia a la intención de crear lazos más sólidos entre el gobierno y ciudadanos, situación que fortalece la gobernabilidad de un país.

Para que el Plan Nacional de Desarrollo emitido por el ejecutivo consiga surgir como un plan apegado a las necesidades sociales, necesariamente tendrá que estar elaborado a partir de procesos de consulta debidamente fortalecidos y legitimados para lograr un impacto visible en los datos que se extraen a través de órganos de evaluación, así como para que la población perciba esa atención a sus necesidades, pues cada vez se puede observar cómo se separa más la brecha entre el poder político y la población en materia de desarrollo social, desatendiendo problemas tan graves como los son la pobreza extrema y la salud.

En la actualidad, la figura de la participación se ha popularizado entre la partidocracia mexicana; es decir, se ha usado este discurso como forma de legitimar y dar fortaleza a sus decisiones. Sin embargo, aunque en el Proyecto de Nación del presidente de la República se haga énfasis en este mecanismo, no se ha dado marcha al fortalecimiento e implementación de esta figura. Al contrario, se han popularizado las consultas a mano alzada que se presumen como un mecanismo de consulta democrática, aunque ésta se aleje del ideal democrático plasmado en la ley. Figuras como el plebiscito, referéndum y consulta popular, no han marcado una trascendencia visible en la toma de decisiones en la política nacional, siendo estas necesarias y urgentes para seguir impulsando la transición democrática que México vive desde hace ya varios años.

Aunque se pueda considerar a México como un país con experiencia legislativa enfocada en la participación, también podemos observar que existen leyes que en el terreno cotidiano no pueden ser aplicadas y muchas veces predomina el interés político en las consultas realizadas. Lo anterior podemos relacionarlo a la desactualización legislativa a nivel federal en este ámbito, incluso a nivel constitucional se carecen de principios que dirijan este tipo de mecanismos.

Se ha tratado de iniciar una transformación política enfocada en una democracia que sí signifique el poder del pueblo, y es señalada en el Plan Nacional de Andrés Manuel López Obrador, presidente de la República, como una manera de socializar el poder político e involucrar a la sociedad en las grandes decisiones nacionales, en donde se busca reforzar la consulta ciudadana en la toma de decisiones relevantes del país, incluso impulsar la revocación de mandato como una nueva forma de democracia participativa, sin embargo aún no se ven avances importantes en estos temas.

En esta investigación se problematiza la situación que guarda la toma de decisiones por parte del poder ejecutivo en materia de desarrollo social, destacando la ausencia del ejercicio de mecanismos de democracia participativa al momento del diseño e implementación de las políticas públicas que buscan combatir indicadores y datos duros obtenidos de estadísticas referentes a problemáticas sociales.

Evolución de la participación ciudadana en México

Dentro de la democracia es sabido que la titularidad del poder recae en la sociedad, y para que el pueblo ejerza verdaderamente este poder es necesario que los ciudadanos tomen parte en las cuestiones públicas, ya que la participación permite que las opiniones de cada uno de los integrantes de una nación sean escuchadas (Serrano Rodríguez, 2015). Aunque en México se viva bajo un modelo democrático, no siempre se le ha dado prioridad al ejercicio de la democracia participativa, ya que en las diversas épocas por las que ha pasado el país se ha dado más atención a otras formas de democracia como, por ejemplo, la representativa.

Si bien se ha considerado que, en todo estado, cuyo modelo sea democrático, se deben incluir las diferentes formas de ésta, aquí se plantea a la democracia participativa como el elemento esencial que se necesita para fortalecer a México, porque este mecanismo ha sido uno de los que más se ha dejado de lado en nuestro país.

Serrano Rodríguez (2015) señala que la participación ciudadana no aparece mágicamente en un régimen democrático, el estado debe construir condiciones que la efectivicen como lo son el respeto de las garantías individuales, los canales institucionales y marcos jurídicos, la información y la confianza por parte de los ciudadanos hacia las instituciones democráticas.

En los últimos años se ha hablado cada vez más sobre democratizar la toma de decisiones, así como la inclusión del ciudadano en la vida política como forma de dar legitimidad a planes de desarrollo y a gobiernos; sin embargo, estos mecanismos no son nuevos, pues se puede remontar al nacimiento de la participación ciudadana en México después de la etapa hiperpresidencialista, etapa en donde los procesos democráticos claramente estaban bloqueados. Surge entre los noventas e inicios del año 2000, junto con reformas constitucionales que colocaban énfasis en los instrumentos de democracia directa y con ello a la participación ciudadana. Además, en constituciones locales se ve una integración de nuevos mecanismos, junto con la publicación de reglamentos. A partir de la consolidación de la idea de la participación ciudadana en la política se comienza a incluir en el discurso político, pues ésta es concebida como la más

conveniente para la gobernabilidad, legitimación, eficacia y eficiencia de la gestión pública (Serrano, 2015: 103);[1] sin embargo, las leyes en materia de participación ciudadana han sido poco visibles en la vida política nacional.

Para finales de 2003 se aprobó la Ley de Desarrollo Social, permitiendo a organizaciones de la sociedad civil ser vigilantes de la aplicación de la política social. Se impulsó también la investigación sobre el sector civil desde el Instituto Nacional de Desarrollo Social y, a principios de 2004, se aprueba la Ley Federal de Fomento a las Actividades Realizadas por las Organizaciones de la Sociedad Civil, como forma de fortalecer la participación y lograr transparentar los procesos.

También se comenzó a innovar en temas de transparencia con la aprobación en 2003 de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, y con ella la creación del Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública (IFAI), la cual iniciaba un nuevo periodo de fiscalización y transparencia de órganos públicos para progresivamente ganar la confiabilidad de los ciudadanos.

Después de un proceso de experimentación, en 2008 ya se contaban con los mecanismos que se muestran en el cuadro I.

El plebiscito se puede definir como la consulta que los poderes públicos someten al voto popular directo para que apruebe o rechace una determinada propuesta sobre una cuestión política o legal (RAE, s.f.). Así, un grupo de ciudadanos organizados puede recurrir a esta figura para expresar su posición sobre una decisión del gobierno que considere contraria a sus intereses (Chávez Alor, 2017). Tiene como finalidad que los ciudadanos expresen previamente su aprobación o rechazo a la realización de una obra de beneficio colectivo.

Un ejemplo de la aplicación de este mecanismo a nivel internacional es el llamado plebiscito por la paz en Colombia, en el 2016. El 2 de octubre de ese año, después de la negociación en la que intervino el gobierno colombiano y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-

1 La autora señala al gobierno de Vicente Fox como el primero en percibir así a la participación ciudadana, es por eso por lo que en ese sexenio se inicia la experimentación de este mecanismo.

EP), se llamó a los colombianos a votar la pregunta: ¿Apoya el acuerdo final para terminación del conflicto y construcción de una paz estable y duradera? A pesar de las difíciles circunstancias por las que Colombia pasaba, los ciudadanos votaron en su mayoría el "No", superando al "Sí" por apenas 0.43% del total de los votos, y con sólo un 37.43% de participación (gráfica 1).

Cuadro I

Mecanismos de participación

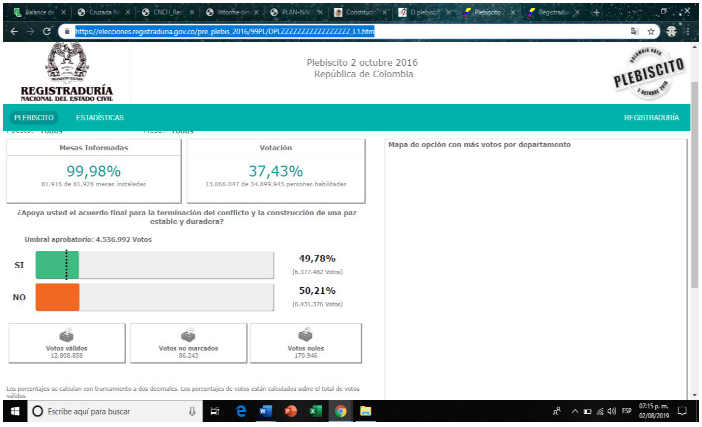
Mecanismo	Estados que lo contemplaban en 2008
Plebiscito y referéndum	17
Iniciativa popular	16
Consulta ciudadana	7
Colaboración ciudadana	5
Difusión pública	4
Audiencia pública	5
Recorridos del presidente municipal (o jefe delegacional)	3
Asamblea ciudadana	1
Revocación de mandato	3
Rendición de cuentas	1

Fuente: González *et al*. (2008). Actualmente, también se han logrado las candidaturas independientes dentro de las entidades federativas, incluyéndose como un nuevo mecanismo de participación ciudadana; sin embargo, para esta investigación se analizarán a fondo las figuras de plebiscito, referéndum y consulta ciudadana, pues se buscará determinar qué figura es la ideal para promover la participación en el diseño de las políticas sociales emanadas por el poder ejecutivo.

Sin embargo, en México no se ha vivido un proceso de tal magnitud, el primer plebiscito ciudadano se realizó en el entonces Distrito Federal (DF, hoy Ciudad de México) el 21 de marzo de 1993, con el objetivo de determinar si para los ciudadanos estaban de acuerdo con que los gobernantes del DF fueran electos por voto, si era apropiado que el DF tuviera un órgano legislativo propio y si estaban de acuerdo con que se convirtiera en un estado de la federación. Los resultados dieron como resultado *Sí* en las tres preguntas.

Gráfica 1

Plebiscito de terminación de conflicto y construcción de paz en Colombia, 2 de octubre de 2016



Fuente: https://elecciones.registraduria.gov.co/pre_plebis_2016/99PL/DPLZZZZZZZZZZZZZZZZZ_L1.htm.

Ahora bien, el referéndum es un mecanismo de votación y consulta ciudadana que es objeto de disciplina constitucional en torno a la aprobación o rechazo referente a la creación, modificación, derogación o abrogación de leyes. Este mecanismo permite que el elector comparta, de manera complementaria, la facultad legislativa del Congreso para dar mayor legitimidad a las prácticas legislativas. Se considera el principal instrumento de democracia directa, ya que la ciudadanía participa en el proceso decisional en el ámbito legislativo.[2] Este mecanismo puede ser solicitado dentro de los 45 días naturales siguientes a la fecha de la publicación en el Periódico Oficial, de una reforma a la Constitución y deberá ser dirigida a los secretarios del Congreso o la diputación permanente.

El referéndum puede clasificarse en a) constitutivo, modificativo o abrogativo, es decir, constituyente (para aprobar una Constitución) o constitucional (para modificar la Carta Magna); b) por su naturaleza jurídica es obligatorio o facultativo; c) por su origen es popular, gubernativo o presidencial, parlamentario, estatal y regional.

2 Definición de portal SIL de la Secretaría de Gobernación. Obtenido de http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=205.

Por su parte, la Ley Federal de Consulta Popular es la responsable de enmarcar el procedimiento legal para celebrar este tipo de ejercicios democráticos, y es de destacar que, desde su publicación en 2014, no ha sufrido ninguna reforma, demostrando el olvido de la ley, así como una inoperancia de la misma. Esta ley describe a la consulta popular como el mecanismo de participación por el cual los ciudadanos ejercen su derecho y mediante el cual expresan su opinión respecto temas de trascendencia nacional, y este podrá ser solicitado por el presidente de la República, 33% de los integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso, así como los ciudadanos en un número equivalente a 2% de los inscritos en la lista nominal de electores. Sin embargo, este mecanismo al día de hoy sólo puede ser solicitado al Congreso de la Unión a partir del 1 de septiembre del segundo año de ejercicio de cada legislatura y hasta el 15 de septiembre del año previo al de jornada electoral federal, y no pueden ser sujetos a consulta en materia electoral ni seguridad nacional; así como tampoco en temas sobre la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada o sobre ingresos y gastos del estado. De esta manera, se deja limitado el ejercicio de este derecho y no hay indicios de una reforma para ampliarlo.

En efecto, el hecho de que aún no se haya logrado culminar en este tema, principalmente se debe a la baja participación de los ciudadanos debido al bajo interés en asuntos políticos y los altos niveles de desconfianza en el gobierno. Este problema que evidentemente han ido en aumento se puede constatar con datos obtenidos en la *Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas* (ENCUP) de 2012, donde se demuestra que 65% de los ciudadanos entrevistados tienen poco interés en la política, y ocho de cada diez ciudadanos perciben la política como un tema complicado. Así que, impulsar la democracia participativa no es el único reto, sino que dar confiabilidad y transparencia a estos procesos se vuelve elemental para incitar a la participación; incluso a partir de la ENCUP, se considera que cuatro de cada diez ciudadanos piensan que en el futuro tendrán menos posibilidades de influir en las decisiones de gobierno; mientras que el 80% de los ciudadanos mexicanos creen que el ejercicio del voto en las elecciones

populares es el único mecanismo con el que cuentan para decir si el gobierno hace bien o mal las cosas.

También es evidente el creciente abstencionismo que enfrenta México, y la disminución de interés en participar en asuntos políticos. En el cuadro II se señala cuál fue la tendencia de participación en los estados que tuvieron elecciones el 1 de junio del 2019.

Cuadro II

Tendencia de participación en elecciones de entidades federativas, 2019

Entidad federativa	Participación ciudadana (%)	Abstencionismo (%)
Quintana Roo	22.1	77.9
Baja California	29.9	70.1
Tamaulipas	33.1	66.9
Puebla	33.4	66.6
Aguascalientes	38.9	61.1
Durango	45.3	54.7

Este último proceso electoral nos arroja datos de una creciente cultura de abstencionismo vivida en diferentes entidades federativas, ya que no se alcanzó ni 50% de participación de los ciudadanos con registro para ejercer el voto en ningún estado con elecciones. Incluso, en la elección de gobernador de Quintana Roo, de acuerdo con el Programa de Resultados Electorales Preliminares (PREP),[3] sólo se logró una participación de 22.1% de los ciudadanos.

Aunque actualmente se cuente con instituciones encargadas de promover y difundir el derecho al acceso a la información, se ha fortalecido el marco normativo referente a la participación y se ha innovado en temas de garantías, aun se tiene gran deuda con la ciudadanía a la hora de generar confianza para el ejercicio del voto o el involucramiento en asuntos políticos. Es preocupante cómo la carencia de participación ocasiona que un porcentaje tan pequeño de población que participa en los procesos pueda elegir sobre los intereses colectivos, corrompiendo así los principios clásicos de la democracia.

3 Consultado en: https://prep2019-pue.ine.mx/publicacion/gubernatura/entidad/votos-partidos-candidaturas.

Las políticas públicas y el desarrollo social en México

El desarrollo social es uno de los principales factores que se deben abordar en un país, pues a través de él se busca elevar el bienestar de los ciudadanos en diversos rubros. Uribe Mallarino (2004) define el desarrollo social como el desplazamiento ascendente de una sociedad a lo largo de un *continuum*, en cuyos extremos se encuentran, por un lado, las sociedades más avanzadas, y, por el otro, las sociedades con atraso. Siendo el desarrollo social el resultado de la mejora de indicadores de bienestar en diferentes factores.

Se puede considerar el inicio formalmente de las políticas sociales en México con la promulgación de la Constitución de 1917, pues en ella se establecen por primera vez los derechos sociales, la protección laboral y, posteriormente, se decretan derechos que giran en torno a la salud, al acceso a la vivienda y a la educación. Estas políticas lograron impulsar el desarrollo social en México en una etapa posrevolucionaria en donde el rezago social era evidente en casi todos los rubros. Sin embargo, el Desarrollo Social en México ha vivido una progresiva evolución debido a diferentes sucesos; por ejemplo, Parrillart (2016) menciona que dentro de los diversos factores que ocasionaron esta evolución se encuentran las demandas sociales, las crisis, los modelos económicos y las nuevas teorías de desarrollo social, provocando el fortalecimiento de programas institucionales y los planes de desarrollo logrando avances sociales más amplios.

A partir de las diversas experimentaciones en este terreno, el inicio de los programas sociales institucionalizados se puede ubicar en la administración de Carlos Salinas de Gortari, con el Programa Nacional de Solidaridad (Pronasol). Este programa surge con el objetivo de combatir rezagos sociales en diferentes partes de México, instrumentando respuestas al entorno social adverso derivado del inicio de la crisis económica de 1982 (Cordera Campos y Lomelí Venegas, 1999). Dicha crisis provocó que dentro de las diversas adversidades económicas limitaran el inicio de la implementación de los programas diseñados por el ejecutivo; de hecho, al momento de iniciar la implementación de este programa aún no se habían renegociado los temas de la deuda externa, lo que provocaba que el país estuviera en un limbo económico. Por estos motivos, la implemen-

tación de los programas estuvo conjugada con cambios estructurales que buscaron estabilizar y ampliar el presupuesto nacional para impedir una mayor regresión económica.

Cordera (1999) señala que conforme se fueron liberando recursos provenientes de la venta de empresas paraestatales y de la renegociación de la deuda externa, el gobierno mexicano pudo ir diseñando nuevos presupuestos dirigidos al gasto social. De esta manera es que, en 1992, el gasto social pudo recuperar el nivel observado en 1982, con un monto de 29.3 mil millones de pesos de 1980; sin embargo, a pesar de la importancia de los programas contenidos en el Pronasol, éste nunca representó más de 7% del gasto en materia de desarrollo social, ya que compartía presupuesto con otros programas regionales; aun así, la institucionalización de Solidaridad significó un cambio articulado en la manera de realizar política social, pues más que un programa, fueron un conjunto de alrededor de 30 programas sociales implementados para atender diferentes problemáticas (Velázquez, 2012).

El elemento fundamental de que este programa tuviera gran relevancia es que salió de los rubros tradicionales de salud y educación cuando de políticas sociales se hablaba. Además de brindar planes de infraestructura y becas, se orientaron políticas a rubros nuevos, como la infraestructura carretera, instalaciones culturales, apoyo al campo entre otros y protección laboral.

Para la administración de Ernesto Zedillo se originó otra crisis, desatando inconformidad con el camino por donde se estaba llevando la política. Se reivindicó el desarrollo social y se decidió orientar dentro del Plan Nacional de Desarrollo una política social orientada a atender temas de pobreza con el Programa de Educación, Salud y Alimentación (Progresa), dejando de lado las políticas salinistas. En dicho plan también se expone la necesidad de democratizar la toma de decisiones y el diseño de políticas públicas, así como la implementación de consejos consultivos para atender la grave inconformidad de los ciudadanos.

Las políticas de Zedillo se focalizaron en tres ejes de acción para combatir el llamado círculo internacional de la pobreza (Levy y Rodríguez, 2005: 13): se atendieron grupos de pobreza extrema, a través de programas de educación, salud y alimentación con el

programa Progresa; se realizaron reformas sobre seguridad social y sistema de pensiones (AFORES); y se descentralizaron las políticas sociales mediante la distribución del presupuesto de desarrollo regional (Mota Díaz, 2002: 3). A pesar de haber sido secretario de Programación y Presupuesto durante la administración de Salinas de Gortari, Zedillo se dedicó a reivindicar el camino de la política económica, y con ella la de las políticas públicas, apostó por la apertura del comercio y las inversiones, pues se empeñaba en argumentar que la pobreza así podría ser superada (Romero Miranda, 2012: 5), así como que la liberación del mercado propiciaría la convergencia de las condiciones laborales. Sin embargo, poco de esto se pudo demostrar, dejando un desarrollo inestable en los rubros que se había propuesto.

Con la llegada de Vicente Fox Quesada a la presidencia, en el año 2000, las políticas sociales no tuvieron gran impacto. Progresa mantuvo su operación en el país en los primeros años, sin embargo, desaparece tras decretarse, en 2002, la conformación del Programa Nacional de Desarrollo Humano Oportunidades. No se puede destacar mucho de este nuevo programa, pues no va más allá de lo que ya se estaba trabajando en Progresa y el acto sirvió más como una forma de dar identidad propia a la administración. Incluso, el Plan Nacional de Desarrollo que emite el presidente electo redunda en aspectos poco específicos y manteniendo el discurso de democratizar el diseño de políticas públicas, aunque se menciona que diseñadas fueron el resultado de un proceso de participación ciudadana mediante encuestas por correo electrónico y no a través de mecanismos institucionalizados.

Los aciertos que pueden destacarse en la política social del periodo de Vicente Fox son la promulgación de la Ley General de Desarrollo Social y la creación del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), ya que con la creación de este organismo constitucionalmente autónomo se lograrían medir los resultados de las políticas sociales que se impulsen en México. De igual manera, en esta administración se da el inicio del Seguro Social, pero ve su consolidación en el sexenio siguiente.

Durante el gobierno de Felipe Calderón Hinojosa, las políticas sociales se desenvolvieron en una nueva crisis nacional. Si

bien hasta el momento fue el sexenio con menos inflación y con una estabilidad económica, el desarrollo se vio mermado por el complicado terreno afectado en aspectos de seguridad. Las disputas territoriales de cárteles del narcotráfico y el mal diseño de políticas en materia de seguridad ocasionaron pocos avances en temas de desarrollo social, ya que se vivió una época con limitadas oportunidades de empleo formal (implicando bajos ingresos), productividad reducida y carencia de seguridad social y servicios de salud (Ortega y Somuano, 2015: 5).

A partir de dicho sexenio se pueden contrastar más los resultados de la implementación de las políticas sociales, ya que, con el fortalecimiento del Coneval como organismo evaluador,[4] marca un antes y un después en el diagnóstico de la implementación de planes de desarrollo. La evaluación anual ha ayudado a analizar la funcionalidad de los proyectos diseñados por el ejecutivo, ya que los informes emitidos contienen estudios sobre el estado de los indicadores que se buscan combatir.

En el Plan Nacional de Desarrollo impulsado por Felipe Calderón se menciona como uno de los objetivos el alcanzar un crecimiento económico sostenido a través de la generación de empleos formales que permita a la población mexicana tener mayor ingreso, y en especial a quienes se encuentran en situación de pobreza. Al analizar los datos que ofrece el Coneval (2012) respecto a los empleos registrados en el IMSS, la tendencia no fue alta en los seis años de la administración, ya que anualmente los indicadores marcaban un crecimiento lento (cuadro III). Incluso el diagnóstico de los años 2008 y 2009 indicó una pérdida de 29,589 y 171,713 empleos formales, respectivamente; cifras preocupantes para las circunstancias por las que México estaba pasando.

Con relación al combate a la pobreza, para 2008 se registraba un 44.5% de personas en situación de pobreza, y para 2012, al término del sexenio, se registró un 45.5% de población en pobreza (alrededor de 53.3 millones de personas). No sólo no se disminu-

4 El Artículo 72 de la Ley General de Desarrollo Social establece a este organismo como el encargado de evaluar periódicamente el objetivo social de programas y las acciones ejercidas por el gobierno en tema de políticas de desarrollo social, así como corregir, modificar o suspender programas que no cumplan con las metas establecidas en su diseño.

yó, sino que el porcentaje registró aumentos durante el sexenio de alrededor de 46.2%.

Cuadro III

Empleos formales creados y perdidos, de 2006 a 2011

Año	Empleos creados	Empleos perdidos	Empleos netos
2006	806,819	-302,822	503,997
2007	861,005	-331,791	529,214
2008	415,100	-444,689	-29,589
2009	337,390	-509,103	-171,713
2010	959,221	-226,842	732,379
2011	811,384	-199,832	611,552

Fuente: Cálculos del Coneval con base en los cubos dinámicos del IMSS, obtenidos en el Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social en México de 2012.

Para la administración de Enrique Peña Nieto la evaluación de los planes de desarrollo ya estaba fortalecida. El Coneval y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) han aportado suficiente al diagnóstico de las políticas, y sus datos han servido para comparar programas sociales.

Durante el sexenio en comento se inicia la implementación de la llamada Cruzada Nacional Contra el Hambre, a cargo de la Secretaría de Desarrollo Social. Nace como una estrategia de inclusión y bienestar social que, a través de un proceso participativo entre diferentes instituciones, buscaría combatir la situación de pobreza en México. Según estimaciones de Coneval y de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH) del INEGI, se determinó que una población de 7.01 millones de personas se encontraban con problemas de acceso a la alimentación (Coneval, 2018). Inicialmente se hablaba de 400 municipios prioritarios, para 2014 la cifra señalaba 1,012 municipios.

Para evaluar a este programa, durante su desarrollo se utilizaron cifras de INEGI y Coneval referentes a la pobreza, pues buscaba aumentar la producción de alimentos y el ingreso de los campesinos, así como promover el desarrollo económico de las zonas con mayor concentración de pobreza extrema para, de esta manera, avanzar gradualmente a un estado de *cero-hambre*.

También logró fortalecer las relaciones interinstitucionales entre diferentes programas, dependencias y niveles de gobierno, ya que los objetivos eran ambiciosos y se necesitaba el trabajo a través de acuerdos con entidades federativas. Uno de los retos que nacen a partir de evaluaciones de Coneval es la necesidad de crear padrones de beneficiarios del programa, es así que debido al diseño y uso que se le da a la información obtenida se consigue crear el Sistema de Información Social Integral (SISI), el cual ha servido para crear padrones de beneficiarios.

El Coneval destaca en su informe de 2018 sobre la Cruzada Nacional Contra el Hambre que este programa inicia aun cuando no estaba definido completamente su diseño y objetivos, aunque tuvo avances significativos que lograron presentar áreas de oportunidad y su población objetivo; el diagnóstico y la estrategia utilizada puede considerarse apresurada al no establecer la metodología adecuada para su elaboración, incluso el organismo señala que el diseño no tiene una claridad en el problema que se quiere resolver (el hambre).

Durante la presente administración federal, el presidente de la República Andrés Manuel López Obrador apuesta en su Plan Nacional de Desarrollo la transformación mediante nueve programas sociales que son:

I. Programa para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores.
II. Programa Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad.
III. Programa Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez.
IV. Jóvenes Construyendo el Futuro.
V. Jóvenes Escribiendo el Futuro.
VI. Sembrando Vida.
VII. Programa Nacional de Reconstrucción.
VIII. Desarrollo Urbano y Vivienda.
IX. Tandas para el Bienestar.

En el citado documento, el titular del Ejecutivo Federal señala que "el gobierno federal impulsará una nueva vía hacia bienestar, en la cual la participación de la sociedad resulta indispensable y que puede definirse con el propósito de construir la modernidad desde abajo, entre todos y sin excluir a nadie" (López Obrador, 2019). Para ello, se deberá fortalecer la participación de

la sociedad, una participación por mecanismos institucionalizados en donde el cambio se oriente desde la ciudadanía de manera democrática y con la intención de contrarrestar los indicadores que se buscan combatir con los programas antes mencionados.

Asimismo, se deberá nutrir a las políticas sociales las observaciones que hagan organismos de evaluaciones anualmente para conocer qué impacto han generado los programas, y replantear sus métodos y metas si estos no han logrado los resultados esperados.

La participación ciudadana en la elaboración de la política social del Plan Nacional de Desarrollo

La elaboración del Plan Nacional de Desarrollo es uno de actos de los cuales el representante del poder ejecutivo tiene potestad, teniendo la responsabilidad de enviar a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión para su aprobación, a más tardar el último día hábil de febrero del año siguiente a su toma de posesión. El artículo 21 Bis de la Ley de Planeación menciona que este plan debe considerar una visión a largo plazo de la política nacional en temas de fomento económico. Tiene la finalidad de impulsar los elementos permanentes del desarrollo nacional, el crecimiento económico sostenido y sustentable, así como la promoción permanente del incremento continuo de la productividad y la competitividad, y la implementación de una política nacional de fomento económico.

En palabras de Carlos M. Urzúa (2019), no se puede escribir a *vuelapluma* un Plan Nacional de Desarrollo, pues se establece constitucionalmente que para su diseño debe haber una participación de diversos sectores sociales, sin embargo, hay aspectos en la vida política mexicana que aún se deben combatir.

Como se ha mencionado, el discurso político se ha acompañado de la promesa de incluir mecanismos de participación ciudadana, principalmente los referentes a consultas públicas. Se pretende que éstas sirvan como procesos democráticos de toma de decisiones, en donde el poder ejecutivo diseñe planes a partir de las necesidades de la población, tomando datos de organismos que se dedican a censar problemáticas y combinándolos con la decisión de los pobladores para crear planes de desarrollo acercados

a la realidad. Incluso, el Plan Nacional de Desarrollo publicado en el Diario Oficial de la Federación, y emitido por el presidente de la República Andrés Manuel López Obrador, en su texto expone la necesidad de socializar el poder político y lograr involucrar a la sociedad en las decisiones.

> Nos dotaremos de una democracia participativa para socializar el poder político e involucrar a la sociedad en las grandes decisiones nacionales. Tal es el sentido de mecanismos como la consulta popular o ciudadana, la revocación periódica de mandato y las asambleas comunitarias como instancias efectivas de participación. Reivindicamos el principio de que el gobierno mande obedeciendo y queremos una sociedad que mandando se obedezca a sí misma (López Obrador, 2019).

Sin embargo, dichos mecanismos no se han logrado implementar, ya que sumado al nivel de desinterés de participación en asuntos políticos que anteriormente se mencionó, se pueden observar casos en los cuales existe una simulación democrática al realizar consultas alejadas de lo que se establece en la ley; por ejemplo, el 16 de junio de 2019, derivado de una consulta realizada a mano alzada en Gómez Palacio, Durango, se cancela una obra destinada al desarrollo social que consistía en la construcción de un metrobús que conectaría la zona metropolitana de la Laguna.

En esa tesitura, resulta importante destacar que dicha zona comprende una población de 1´ 369,939 habitantes, abarcando municipios de Coahuila y Durango. Y aunque, según expresó el presidente de la República, el recurso ya estaba autorizado, se sometió a consulta entre los asistentes al evento para determinar la idoneidad de su ejercicio en ese proyecto, o en su defecto se sustituía por la canalización del servicio de agua y la conclusión de un hospital. El acto bastó para determinar la cancelación del proyecto y el diseño de uno nuevo.

Conclusiones

En virtud de lo expuesto con antelación, resulta dable comenzar a trabajar en el fortalecimiento de los mecanismos de participación y que estos sean utilizados en la elaboración de los planes de

desarrollo para que los mismos se acerquen a las verdaderas necesidades de los ciudadanos. *Verbigracia*, la Constitución establece que los pueblos indígenas deben ser consultados para la elaboración de los planes de desarrollo y, a su vez, la Ley Federal de Consulta Popular limita a este procedimiento al señalar que sólo se podrá ejercitar a partir del 1 de septiembre del segundo año de ejercicio de cada legislatura y hasta el 15 de septiembre del año previo en que se realice la jornada electoral federal, volviendo a este mecanismo imposibilitado para ser un medio por el cual se pueda influir en el diseño de programas de desarrollo.

En consecuencia y a partir de lo analizado en la presente aportación académica, es pertinente considerar al plebiscito como el instrumento de democracia participativa más idóneo para involucrar a la ciudadanía en la toma de decisiones, ya que como se vio en el caso de Colombia, tiene la capacidad de ser un medio por el cual se determine la decisión de los ciudadanos sobre diversos temas de trascendencia. Lamentablemente, no ha sido un mecanismo suficientemente explorado en México, por lo que aún queda un largo camino por recorrer en aras de fortalecer los diversos mecanismos de democracia participativa e incentivar la participación de la ciudadanía en los diferentes ámbitos de la *res* pública.

Referencias

Chávez Alor, J. y Preisser Rentería, D. (2017). *Mecanismos de participación ciudadana en el ámbito estatal mexicano. Fortalezas y debilidades del sistema electoral mexicano. Perspectiva federal y local.* México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2013). *Informe de pobreza en México, 2012*. México: Coneval.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) (2018) *Cruzada Nacional contra el Hambre. Recuento 2013-2018*. México: Coneval.

Cordera Campos, R. y Lomelí Vanegas, L. (1999). *Informe sobre el Programa Nacional de Solidaridad de México, para la Oficina Regional de la FAO para América Latina. Facultad de Economía*. México: UNAM.

Real Academia Española (RAE) (s.f.). Plebiscito. Diccionario de la lengua española. http://dle.rae.es/?id=TOBz1gN

Serrano Rodríguez, A. (2015). La participación ciudadana en México. *Estudios Políticos*, 9 (34).

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) (2012). Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social en México. México: Coneval.

Ugalde L.C. y Hernández, S. (Coords.) (2017). *Fortalezas y debilidades del sistema electoral mexicano. Perspectiva federal y local*. México.

Uribe Mallarino, C. (2004). Desarrollo social y bienestar. *Universitas Humanística*, XXXI (58).

Valencia-Lomelí, E. (Coord.) (1997). *A dos años: La política social de Ernesto Zedillo*. Jalisco: ITESO.

Velázquez Luna, Baldomero (2012). *Los programas sociales en México como sustento de la economía social y solidaria*. México: Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República.

Oportunidades de la flexibilización laboral en servicios empresariales intensivos en conocimiento y los trabajadores del conocimiento

Héctor Darío Ramírez Medina
Oscar Javier Solorio Pérez

Introducción

La flexibilización del trabajo es una herramienta utilizada por las estrategias administrativas, la cual se ha venido aplicando en múltiples empresas sin importar el rubro u objetivo de éstas, con el objetivo de generar supuestos ahorros y ventajas que son analizados de manera sesgada, subjetiva y a muy corto plazo, este fenómeno ha generado la colisión entre el derecho mercantil o corporativo y el derecho laboral, lo que ha provocado incertidumbre en muchos trabajadores y en las propias empresas, por violaciones a los derechos laborales y precarización de la mano de obra que se ha generado por el uso fraudulento en el que algunas empresas han incurrido.

Por otro lado, las empresas de base tecnológica o servicios empresariales intensivos en conocimiento (SEIC) en México, presentan condiciones muy peculiares, pues en ellas se parte de la hipótesis que existen condiciones particulares en los cuales la

flexibilización laboral en servicios empresariales intensivos en conocimiento y los trabajadores del conocimiento no genera una precarización a quienes se desempeñan en estas labores, por ser trabajos especializados, puesto que caen en los claros supuestos de una subcontratación simétrica o equilibrada, pero, además, los riesgos de precarización derivan más bien de la rápida adopción de tecnologías disruptivas y no tanto de la utilización de la tercerización como estrategia administrativa.

Origen de la flexibilización laboral

Recordemos que el origen de todo este gran tema económico-empresarial es la ahora conocida como primera Revolución Industrial, de la que se deriva la división del trabajo señalada por Adam Smith (1723-1790) y posteriormente las críticas al capitalismo de Karl Marx (1818-1883), de las que surgen conceptos como: la división del trabajo, la explotación del hombre por el hombre y el capitalismo; entre otros. Posteriormente, gracias a diversos ideólogos se generaron movilizaciones que concluyeron en los años cincuenta y sesenta en cambios políticos e institucionales, con el objetivo de proteger a los trabajadores y a la sociedad, de los que derivaron normas relacionadas con: despidos injustificado, seguro por desempleo y demás compensaciones (utilidades, aguinaldo, vacaciones y otras extralegales), como intervenciones de carácter social y de enfoque liberal, generando contracción al mercado de los beneficios de las empresas y rigidez en el mercado de trabajo, según lo señalan Krugman (1994); Jackman, Layard y Nickell (1996); Blanchard (2004) y Elmeskov (1998) (citados por Ibarra y González, 2010: 35).

En México se habla de la aplicación de las Leyes de Indias como antecedente laboral, pero, es hasta la Constitución de 1917 cuando se considera la estabilidad en el empleo (fracción XXII del artículo 123) y hasta 1931 que se expide la primera Ley Federal del Trabajo, la cual contiene de manera detallada las normas protectoras de la estabilidad laboral y prestaciones laborales.

Prestaciones laborales

En México, las normas laborales reconocen diversas prestaciones que pretenden ser el mínimo de beneficios que deben otorgarse a los trabajadores, pero los sindicatos suelen exigir beneficios que en algunos casos dejan en desventaja a las empresas, según Ibarra *et al* (2010: 47), por lo que se considera que estos beneficios y la estabilidad laboral constituyen la rigidez laboral.

Estabilidad laboral

La estabilidad en el empleo, como señala Reynoso (1997: 27), es un valor inherente a la conformación y la vida de la relación de trabajo, siendo una manera de garantizar la permanencia en el vínculo laboral. La estabilidad es parte de la certeza jurídica y además protección a la parte vulnerable de la relación laboral que es el trabajador, así lo ha identificado la propia Suprema Corte de Justicia en México, por ello se buscó dar herramientas proteccionistas en su favor, para evitar que se termine la relación laboral por decisión del empleador. Entendida la estabilidad laboral como aquella "que tiene por objeto evitar o restringir la extinción del contrato de trabajo en cualquiera de sus modalidades. Así la estabilidad en términos generales representa un freno a la extinción del contrato de trabajo" (Russomano, 1980: 11). Se han identificado dos tipos de estabilidad: a) *relativa*, es la que da la posibilidad que tiene la parte patronal de separar sin existencia de causa alguna a cierto tipo de trabajadores; y b) *absoluta*, es la que limita al empleador y permite la terminación de la relación laboral únicamente en caso de faltas graves (Congreso de la Unión, 2019: 15).

Fuentes de la flexibilización laboral

Desde el punto de vista económico, Zúñiga (2012: 328) explica que en el siglo XX América Latina aplicó la teoría de Raúl Prebisch, la cual fue adoptada por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), que consistía en un esquema proteccionista basado en la limitación a las importaciones, ello generó un crecimiento sostenido por un par de décadas, posteriormente generó atraso tecnológico, ausencia de incentivos frente a mercados cautivos a veces monopolísticos, falta de productividad y competitividad, por lo que dicho modelo generó crisis. Visto el resultado, surgió

un nuevo modelo de desarrollo impulsado por Ronald Reagan y Margaret Thatcher, llamado apertura económica o internacionalización de la economía, que aplica una estrategia a la inversa (Zúñiga, 2012: 328).

Por otro lado, en Europa, Nickell (2003) y Nunziata (2003) (citados por Ibarra *et al.*, 2010: 35) señalan que la flexibilización se da por la rigidez que existía en las relaciones laborales, misma que fue originada por la intervención gubernamental y la fuerza de los sindicatos. De igual forma, surge la explicación relacionada con la necesidad de mejorar los niveles de competitividad, derivada de los cambios en el sistema de producción de tipo fordista, por las necesidades y gustos de los consumidores, en donde se buscan productos diferenciados, ya no los estandarizados, ello exigió mano de obra calificada y también polivalente, acorde a las necesidades productivas de la organización (temporal) como señalan Pollert (1994), Trehan (2003), Blanchard (2004), Blanchard y Wolfers (2000) (citados por Ibarra *et al.*, 2010: 36).

De lo anterior nacen la flexibilidad *interna* y *externa*, la primera se trata de todos los cambios dentro de la organización, respecto de las rutinas laborales, del contrato laboral (sea individual o colectivo), la remuneración, el horario, la organización y condiciones macrosociales (educación, salud, seguridad social, vivienda, recreación, entre otros). En el caso de la *externa* es la conocida como subcontratación laboral (*outsourcing*).

Una de las fuertes críticas realizadas a la flexibilización es respecto de la justificación que se ha dado a la subcontratación y su relación con el crecimiento del empleo, siendo que esta depende más del comportamiento del producto que de la reducción de los costos laborales y nadie ha probado los efectos de esta estrategia sobre la competitividad en el mercado global, sujeto al respeto de la dignidad del trabajo y los derechos humanos, conforme señalan Tokman y Martínez Fernández (citados por Zúñiga, 2012: 326).

Clasificación de los tipos de trabajo

La legislación nacional señala como único tipo de trabajo el material y lo separa del resto de relaciones laborales (Congreso de la Unión, 2019: 25). A su vez, los criterios jurisprudenciales han ido reconociendo tipos adicionales de trabajo, como el intelectual

y el mixto. Esta clasificación básica genera un problema para regular la flexibilización, pues no considera elementos importantes como son las características de empleos, las funciones, los objetivos y el resultado esperado. La amplia gama de necesidades de las empresas no se debe sujetar sólo a tres tipos de trabajo (material, intelectual y mixto), sino a lo que exige el mercado del trabajo en la actualidad, por lo que resulta necesario clasificarlos como *material*, *intelectual*, *mixto técnico* y *mixto especializado*; a su vez, elegir si en esa modalidad aplica la estabilidad absoluta o relativa y la factible para la subcontratación.

La subcontratación laboral

Como vimos en los apartados anteriores, la subcontratación es una estrategia de flexibilización externa que en México se encuentra regulada por los artículos 15 al 15-D de la Ley Federal del Trabajo (Congreso de la Unión, 2019).

Según Becerril, García y Torres (2016: 22), el *outsourcing* o subcontratación se debe considerar como una ventaja competitiva, por la cooperación que se da entre dos empresas con distintos objetivos y planteamientos estratégicos, por lo que se fusionan para poder compartir un mismo ideal, que es servir al cliente y obtener mayor beneficio o utilidad. Es una estrategia que permite tener acceso a recursos de alto nivel, entendido como gobierno corporativo, y poner en control áreas difíciles de manejar. Mientras tanto, para otros, el *outsourcing* no se debe considerar una técnica administrativa para obtener ventaja competitiva, sino una forma de satisfacer requerimientos de servicio con características propias, como una estrategia más debido a que no existen lineamientos claros de cuándo y cómo debe utilizarse (De la Cruz, 1999: 108).

Existen estudios como el de Sánchez, Reynoso y Palli (2016: 182), que propone una regulación integral, considerando el derecho laboral, fiscal, de seguridad social, administrativo, civil y penal, y no aislada, estableciendo con claridad el nivel y el tipo de responsabilidades jurídicas que otorguen seguridad jurídica en la materia, debido a que actualmente se encuentra en duda la permanencia de la flexibilización, por existir posturas que pretenden desaparecerla por considerar que se está vulnerando al sector laboral (Mercado, 2019).

Por lo anterior, queda de manifiesta la necesidad de considerar, además de las normas señaladas, los criterios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el Reglamento de reparto de utilidades (2014) y la Ley General de Sociedades Mercantiles (1934).

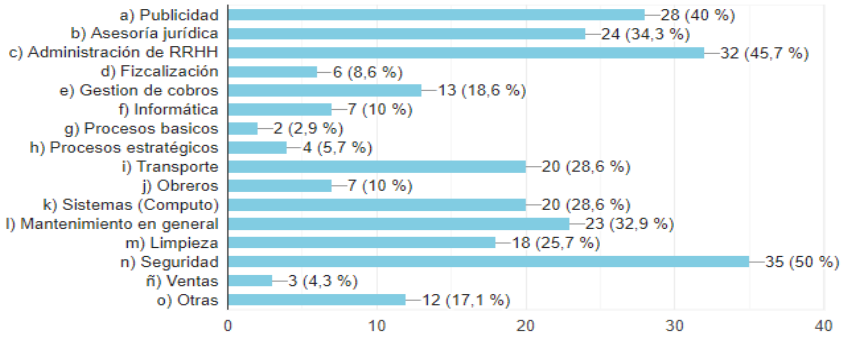
Para ilustrar lo anterior se llevó a cabo el estudio elaborado por Ramírez (2019) en setenta empresas de más de cien trabajadores en el estado de Colima, las que se consideraron como muestra cualitativa de las noventa registradas en el INEGI. Las entrevistas fueron aplicadas a los empresarios, así como algunos gerentes del área de recursos humanos y del área legal, con la finalidad de conocer primero si son empresas contratantes o contratistas, así como el nivel de cumplimiento normativo en la subcontratación. Respecto del primer objetivo se identificó que 97.1% de las personas entrevistadas están consideradas como contratantes, por tener como destinatario de sus servicios al usuario final, de igual forma no se encontraron empresas contratantes en el rubro de la tecnología.

Respecto de la flexibilización, se cuestionó si cuentan con actividades subcontratadas, las respuestas señalan que 95.7% de las empresas lo realizan, de las cuales la más común es la de seguridad con 50%, seguida de administración de los recursos humanos con 45.7%, mientras en sexto lugar están los servicios de sistemas de cómputo con 28.6% y al último los servicios informáticos con 10% de uso subcontratado (gráfica 1).

Ahora bien, las empresas contratistas, como las de tecnología, deben buscar los esquemas de negocio que den mayor competitividad en el servicio prestado a las contratantes, por las regulaciones actuales de la subcontratación, pero de igual forma se requieren modificaciones a la subcontratación laboral, que constituyan una subcontratación simétrica, y toda empresa requerirá hacer adecuaciones a sus esquemas para que utilicen estas estrategias, sin que les genere riesgos de responsabilidad solidaria ni provoquen la precarización de la mano de obra.

Gráfica 1

Servicios de subcontratación



Fuente: Ramírez (2019).

Precarización diferenciada del trabajador del conocimiento

La flexibilización del trabajo es una herramienta administrativa comúnmente utilizada por las empresas. Dicha estrategia suele ser implementada a partir de una necesidad contable y financiera, en atención a ahorros fiscales y en seguridad social, así como atendiendo a la ventaja competitiva de empresas que brindan servicios especializados. Desde el punto de vista jurídico, la flexibilización ha sido tradicionalmente vista como una herramienta de planeación patrimonial, que permite proteger los bienes de la empresa y del empresario frente a contingencias o posibles pasivos laborales. No obstante, la hipótesis de que implementar dichas estrategias resulta en ahorros y ventajas suele basarse en información incompleta, sesgada, subjetiva y a muy corto plazo, ya que frecuentemente no se consideran una multiplicidad de costos indirectos que, a mediano o largo plazos, pueden contrarrestar las supuestas ventajas y ahorros dando como resultado la ecuación final negativa.

Dicho fenómeno es particularmente relevante para las SEIC, según la definición de Romero, López y Sánchez (2019: 145), las cuales a su vez ocupan buena parte de lo que el citado autor denomina *trabajadores del conocimiento*. Ello debido a que,

por sus características, fenómenos como la subcontratación y la escasa equidad de género están ampliamente extendidos en este tipo de empresas, pero también debido a que al menos en México, contrario a la creencia generalizada, la situación laboral de estos trabajadores que se supondría es mejor que el promedio del sector servicios, es de hecho menor al promedio de dicho sector, de acuerdo con la evidencia disponible.

Siguiendo a Micheli (2002, 2003), citado por Romero *et al.* (2019: 146), señala que el trabajador del conocimiento posee dos características: la primera es la digitalización de los instrumentos de producción, donde las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han transformado el funcionamiento de empresas y trabajadores, sumando y restando funciones; la segunda, es la flexibilización del trabajo. Por su parte, Hadi El-Farr (citado por Romero *et al.*, 2019: 146) realizó una revisión de la literatura de los términos de trabajo y trabajadores del conocimiento, y señala que esos conceptos indican cambios en las condiciones del trabajo que afectan a las diferentes clases de trabajadores en distintas intensidades. Menciona también que las definiciones siguen siendo débiles y su aplicación debe ser muy acotada. El-Farr propone no emplear el término de trabajador del conocimiento y sustituirlo categorizando diferentes clases trabajadoras emergentes teniendo en cuenta la profesionalización de la actividad. Siguiendo ese punto de vista, los trabajadores de la industria servicios empresariales intensivos en conocimiento (SEIC) caen dentro de esa categoría: trabajadores profesionales ligados a una industria emergente. Por ello es que, aún ante la falta de consenso, siguiendo la obra de Amado *et al.* (2018) coincidimos con Pérez, J. citado por Romero *et al.* (2019: 146), quien identifica ocho características comunes en las aportaciones de los estudiosos para delimitar a dichos trabajadores del conocimiento:

1. Realiza trabajo intelectual, simbólico, no físico; 2. Realiza trabajo no rutinario, cambiante; 3. El conocimiento es un recurso primario de su trabajo; 4. Tienen alto grado de educación y experiencia; 5. Realiza trabajo altamente creativo e innovador; 6. Agrega valor a su trabajo a través de sus ideas; 7. Tiene y manipula abundante información; 8. Tiene características personales

como capacidad de emprendimiento, pasión por su trabajo, deseo de aprender, talento, energía y motivación superior a la media.

Por otro lado, se ha vuelto enormemente popular el estudio publicado por la Universidad de Oxford y realizado por Carl Benedict y Michael Osborne en 2013, quienes, dentro de sus muy interesantes hallazgos, arriban a la estimación de que 47% de los trabajos en los Estados Unidos están en riesgo de perderse ante la automatización (p. 40). Ello ha alentado temores de una especie de apocalipsis laboral, no sólo en Estados Unidos sino a nivel global. Otros estudios han llegado a conclusiones diferentes; por ejemplo, uno publicado por la Universidad de Mannheim concluye que los trabajos en riesgo de automatizarse son tan sólo un 9%, mientras que otro estudio bastante amplio y llevado a cabo por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) concluye que de los 32 países que integran dicha organización:

Es probable que cerca de uno de cada dos trabajos se vean significativamente afectados por la automatización, en función de las tareas que implican. Pero el grado de riesgo varía. Alrededor del 14% de los empleos en los países de la OCDE que participan en PIAAC son altamente automatizables (es decir, una probabilidad de automatización de más del 70%) (Nedelkoska y Quintini, 2018).

Dicho estudio publicado por Ljubica Nedelkoska y Glenda Quintini en marzo de 2018 concluye también que aunque es menor que las estimaciones basadas en títulos ocupacionales obtenidos aplicando el método de Frey y Osborne (2013), esto equivale a más de 66 millones de trabajadores en los 32 países cubiertos por el estudio. Además, otro 32% de los trabajos tiene un riesgo de entre el 50 y el 70% que apunta a la posibilidad de un cambio significativo en la forma en que estos trabajos se llevan a cabo como resultado de la automatización, es decir, una parte importante de las tareas, pero no todas, podrían ser automatizado, cambiando los requisitos de habilidad para estos trabajos (Nedelkoska y Quintini, 2018: 7).

A partir de lo anterior, se observa que la amplia utilización de esquemas de flexibilización laboral, tales como el *outsourcing*, al cual están sujetos muchos trabajadores del conocimiento vinculados a las SEIC, los han expuesto al fenómeno de *precarización*

laboral, que puede agravarse aún más debido a que 1) las condiciones propias de su trabajo, ya identificadas por Pérez, J., generan un mercado global vulnerable a los trabajadores del conocimiento, en particular de países desarrollados, que sean reemplazados por otro ubicado en países emergentes; 2) el acelerado ritmo al cual se están adoptando las tecnologías emergentes, responsables del fenómeno de la automatización, las cuales tendrán un efecto enormemente disruptivo en el mercado laboral de los trabajadores del conocimiento, ya que muchas de sus funciones serán reemplazados en su mayoría o en su totalidad por sistemas informáticos.

Lo anterior nos permite generar la hipótesis de que existen dos procesos concurrentes: el primero, que a corto plazo los trabajadores del conocimiento en países desarrollados experimentarán un acelerado proceso de precarización; mientras que para aquellos en países en vías de desarrollo, se generarán oportunidades proporcionales con la brecha de salarios y de costo de vida respecto de dónde se ubique quien les contrate; el segundo, a largo plazo aprovechar las oportunidades que dicha brecha genera en los países en vías de desarrollo, sólo sustentado por una transformación del mercado laboral a un ritmo igual o mayor que el llevado a cabo en países desarrollados. Paradójicamente, en tales circunstancias la flexibilización laboral generará no una precarización, sino mayores oportunidades para aprovechar la referida brecha entre países desarrollados y en vías de desarrollo.

Contexto de la flexibilización laboral en los SEIC

Se puede considerar como *flexibilización* a las estrategias de contratación de personal con la finalidad de realizar labores especializadas, como coinciden Hill y Jones (2009: 325) y Thompson *et al*. (2012: 185) en el hecho de utilizar compañías especializadas que pueden elaborar actividades de la cadena de valor de la empresa principal, ante las cuales no se considere una estabilidad laboral, pero sí con la que los presta o es subcontratada, salvo que se trate de un prestador de servicios independiente.

A fin de delimitar mejor las industrias SEIC, las actividades se encuentran en la Clasificación Internacional Industrial Uni-

forme (CIIU) de 2002, en la sección K: Actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler, división 72: Informática y actividades conexas, división 73: Investigación y desarrollo y división 74: Otras actividades empresariales. En la versión CIIU de 2009 se encuentran en las secciones J, M, N y S; esto es, información y comunicaciones, actividades profesionales científicas y técnicas, actividades de servicios administrativos y de apoyo, y otras actividades de servicios. Ello permite homologar esas actividades en el Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte (SCIAN) del cual forman parte Canadá, Estados Unidos de América y México. Con base en ello, el referido autor localiza 47 actividades a nivel de seis dígitos en los Censos Económicos de 2004, 2009 y 2014 del Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI).

Como se ha sugerido en la hipótesis de trabajo, la flexibilización afecta de manera asimétrica por sector, pero también por país, ya que el conocimiento y las habilidades del mercado laboral de cada país será determinante para el grado de afectación que la automatización tendrá en el mercado laboral, tal como concluyen Nedelkoska y Quintini (2018) en el estudio publicado por la OCDE, el cual por cierto incluyó a México por ser parte de dicha organización.

No obstante, un hallazgo sobremanera notable es que, si bien es importante la forma como están organizados los sectores de la economía, son más importante las habilidades para desempeñar las tareas; de hecho, en el mundo en el cual ya estamos inmersos, en la medida que se desarrollen continuamente nuevas habilidades, sobre todo para trabajadores menos calificados, menos propensos serán en sufrir cambios abruptos frente a la automatización.

En el contexto mexicano, como se ha ilustrado, dentro de las industrias SEIC se involucran diferentes actividades. Un estudio publicado por el sitio Indeed (2019), especializado en reclutamiento de personal, cita al sector de tecnología como el número uno para la búsqueda de empleo con más de 250 millones de usuarios únicos al mes, misma que en el rubro de salarios mensuales para el desarrollo en tecnologías oscila entre los 15,000 y 19,000 pesos mexicanos, mientras que los de soporte técnico se ubican entre 5,000 y 10,000 pesos mexicanos.

Por otro lado, la undécima edición del Estudio de Salarios de Software Gurú (SG, 2019) patrocinado por iTexico, realizó en noviembre de 2018 una encuesta a 2,075 personas, cuyos datos resultan relevantes para el presente estudio: mediana, media (promedio), desviación estándar y tamaño de la muestra, además de las conclusiones. De los que se desprende que el salario medio de un profesionista de software en México es de 33,000.00 pesos brutos mensuales, existiendo variables por factores como: actividades y roles, experiencia, ubicación geográfica y nivel académico.

El desarrollo tecnológico, como se muestra en el referido estudio de SG (2019), se está realizando no sólo en las empresas proveedoras de tecnologías de la información (TI) o conocidas en este artículo como subcontratadas, con 48.7% del mercado laboral, sino que en segundo lugar están los corporativos denominados también empresas, cuyo giro no es TI y tienen el 26.3% de los empleos, entre estos se cubre un 75% del empleo creado, siendo importante resaltar que en dicho estudio, el salario es mayor y la desviación estándar menor en la subcontratación que en el corporativo, lo que significa que el fenómeno de la flexibilización laboral no genera precarización en las subcontrataciones en el sector de computación y actividades relacionadas. Por el contrario, la naturaleza del trabajo y de las funciones que desempeña el trabajador permite que aquellos candidatos cualificados puedan competir en un contexto globalizado con otros candidatos ubicados en diversas partes del mundo, por lo que desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, como es el caso de México, permiten acceder inclusive a mejores oportunidades, que lejos de precarizar, estimulan a los candidatos a reunir las mejores cualificaciones para competir por los puestos mejor pagados.

La colisión en los derechos laboral y mercantil

La subcontratación laboral ha generado la colisión entre diversas ramas del derecho, principalmente entre el laboral y el mercantil; de igual forma impacta en otras ciencias, como en las administrativas, que al establecer la *responsabilidad solidaria* requiere la aplicación de lo que conocemos tradicionalmente como *pacta sunt servanda* (mantener los acuerdos), la autonomía de las personas jurídicas (físicas y

morales), que según Rezzonico (1999: 205-206) tiene dos aspectos: la libertad de las personas para celebrar los negocios que estimen convenientes para la consecución de los fines que se propongan, siempre que estos sean lícitos; y, por otra parte, constituye la facultad, el poder o la potestad, reconocidos por el derecho objetivo a los particulares para crear obligaciones que tienen la misma fuerza que la ley y, por tanto, se puede exigir coactivamente. De igual forma, el impacto en el análisis económico del derecho.

Las ciencias administrativas, por lo que respecta a la parte estratégica, identifica los impactos operativos en la productividad y seguridad de la información, entre otras, como lo plantea Hill *et al*. (2009: 3), quienes además definen la *estrategia* como "el conjunto de acciones estructuradas que los administradores adoptan para mejorar el desempeño de su compañía", y a dicho desempeño se le puede nombrar como *ventaja competitiva*, la cual se puede considerar como la finalidad de la flexibilización.

Por lo anterior, el punto de equilibro en la colisión de derechos es la simetría, particularmente de la flexibilización del mercado laboral en las empresas de tecnología, debido a que en la actualidad se ha estado generando fuertes choques en el ámbito político y la comunidad académica, derivado de un incremento acelerado en el uso de esta figura conocida como subcontratación, argumentando los laboralistas y socialistas que de igual forma está creciendo la precarización de la mano de obra, de aquí la necesidad de analizar la flexibilidad laboral desde varios puntos de vista, para generar una subcontratación lo más ética posible.

En lo que respecta a las empresas de tecnologías, identificadas en el rubro de las TIC, se ha generado una rama muy explotada en el apartado de la flexibilización, pues esto se puede realizar de manera remota o en casa, rompiendo los paradigmas del trabajo obrero común, lo que nos dará una tarea más específica para determinar el alcance de flexibilización que puedan tener este tipo de empresas. La forma en la que actualmente se maneja la flexibilización por parte de unas empresas de tecnología se han considerado como esquemas de precarización, según criterios de la Organización Internacional del Trabajo (2012: 32), por lo cual resulta importante estudiar en el marco de las relaciones obrero-

patronal, la *estabilidad laboral y el cumplimiento de los derechos del trabajador*.

La subcontratación simétrica

La subcontratación es una estrategia de crecimiento y competitividad, según lo señala Koontz y Weihrich (citados por Almazan y Archundia, 2015: 17), así como García y Martínez (2009: 72), otros estudios como el de Álvarez y Álvarez (2018: 16), que hablan de estrategias de innovación abierta, por lo que surge la necesidad de generar un nuevo concepto, con la intención de dar una visión diferente al tema de la subcontratación, que se acerque a las necesidades y equilibrio entre los criterios planteados por las ciencias administrativas, la economía y el derecho social, con la finalidad de crear un modelo de subcontratación simétrica que se establezca como una ventaja competitiva, eliminando el riesgo de responsabilidad solidaria, precarización laboral y respeto a los derechos humanos laborales, el cual se define de la siguiente forma:

> La subcontratación simétrica es la estrategia administrativa de crecimiento, implementada por una persona denominada contratante, la cual busca generar una ventaja competitiva asumiendo la obligación de supervisar las tareas, trabajos o servicios subcontratados y verificar el cumplimiento de las obligaciones legales patronales de la persona denominada contratista, esta última se obliga a ejecutar trabajos intelectuales o mixtos especializados para ejecutar obras o prestar servicios de manera temporal con sus trabajadores, acreditando la aplicación de técnicas o conocimientos innovadores, por lo cual, la aportación de los trabajadores subcontratados los hace acreedores de manera equitativa a los beneficios que cuenta la contratante como salario, prestaciones y utilidades (Ramírez, 2019).

Conclusiones

Con relación a la colisión entre el derecho mercantil o corporativo y el laboral, encontramos que la estrategia administrativa de la flexibilización laboral externa ha generado la colisión en las diversas ramas económicas, pero en el caso de la flexibilización laboral en

servicios empresariales intensivos en conocimiento y los trabajadores del conocimiento se ha acreditado que el nivel de tecnificación genera mayor valor y competitividad, por lo que podemos decir que efectivamente se trata de trabajos especializados, lo que hace viable la subcontratación de estos servicios; además, al haber acreditado que no se genera precarización en los trabajadores que se desarrollan en este ámbito, siempre y cuando efectivamente sean servicios o actividades directamente relacionadas con la tecnología, debido a que los empleos tienden a ser mejor remunerados y tienen mayor necesidad de aplicación intelectual, aunque en sí mismo es trabajo mixto, pues se genera la actividad creativa intelectual utilizando conocimientos técnicos especializados y se desarrolla físicamente, aunque esta última modalidad en menor proporción, resultando aplicable lo que busca la subcontratación simétrica. No obstante, cabe hacer notar que esta modalidad puede generar la informalidad laboral; es decir, la falta de prestaciones laborales, y en muchas ocasiones a cambio superior a la media en otras industrias o sectores.

Referencias

AA., V. (2003). *Derechos humanos. Parte general*. México: Suprema Corte de Justicia.

Alexy, R. (2019). ¿Derechos humanos sin metafísica? *Doxa. Cuadernos de Filosofia*. 237-248. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13133/1/DOXA_30_33.pdf

Almazan, M. y Archundia, E. (2015). *El* outsourcing *y la planeación fiscal en México*. México: Eumed.net. Recuperado de: http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1452/pymes.htm

Alvarez, E. y Álvarez, M. (2018). *Estrategias y prácticas de la innovación abierta en el rendimiento empresarial: Una revisión y análisis bibliométrico*. México: Instituto Politécnico Nacional. Recuperado el 2 de julio de 2019 de: http://www.redalyc.org/jatsRepo/4560/456054552005/456054552005.pdf

Alvira (1998). *Metafísica*. Pamplona, España: Eunsa.

Andrade (2013). *El posmodernismo ¡vaya timo!* Pamplona, España: Laetoli.

Atienza Rodriguez, M. (2001). *El sentido del derecho.* Madrid: Ariel.

Baquerizo Minuche, J. (9 de julio de 2009). *Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación.* Obtenido de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-colision-derechos.pdf

Beorlegui, C. (2008). *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano.* Madrid: Deusto.

Berger, M. y Carrizo, C. (2019). *Afectados ambientales, aportes conceptuales y prácticos para la lucha, el reconocimiento y garantía de derechos.* Argentina: Ediciones Ciencia y Democracia.

Benedict, C. y Osborne, M. (2013). *The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation?* Oxford University.

Beuchout, M. (2000). *Tratado de hermenéutica analógica.* México: Itaca.

Bruno, D. (2011). La dialéctica historica de Karl Marx: Aproximaciones metodológicas para una teoria del colapso capitalista. *Revista Instituto de Investigaciones Gino Germani*. Recuperado de: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Argentina/iigg-uba/20120628034903/1_7.pdf

Cabedo Mallol, V. (2012). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas.* España: Icaria.

Cámara de Diputados (09 de agosto de 2019). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf?fbclid=IwAR0X0hd5AMsRU1dFISN76M_psIVyktKeHMGGVPzfFdYSkf_xZZSRHdNXtc

Carafa, L. y Bacaria, J. (2017). *Los grandes retos del Acuerdo de París.* Foreign Affairs Latinoamérica.

Carmona Lara, M.D. (2017). *Derechos del medio ambiente.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Cerrutti, H. (2011). *Filosofía nuestroamericana*. México: Ediciones desde Abajo.

Congreso de la Unión (1 de mayo de 2019). Ley Federal del Trabajo. Diario Oficial de la Federación: Recuperado de: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos (4 de agosto de 1934). Ley General de Sociedades Mercantiles. Ley General de Sociedades Mercantiles. México: Diario Oficial de la Federación.

Correas, O. (1996). El pluralismo jurídico y el derecho alternativo. Algunos problemas teóricos. *Enlace, revista de sociología jurídica* (1), 37-53.

De la Cruz, R. (1999). *Outsourcing informático: Conceptos y guía para su aplicación*. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.

Deleuze (2016). *Foucault*. México: Paidós.

De la Torre Rangel, J.A. (2007). *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas.* México: CENEJUS.

De la Torre Rangel, J.A. (2010). *Sobre los inicios de la tradición iberoamericana de los derechos humanos*, de Alejandro Rosillo Martínez "¿Estos no son hombres?" *Epikeira. Derecho y política*, 4, 1-8.

De la Torre Rangel, J.A. (2013). *Iusnaturalismo histórico analógico.* México: Porrúa.

De la Torre Rangel, J.A. (2014). *Tradición iberoamericana de los derechos humanos.* México: Porrúa.

Díaz-Barriga, F. (1996). Los residuos peligrosos en méxico. Evaluación del riesgo para la salud. *Salud Pública de México*, 38(4), 280-291.

Donelly, J. (1994). *Derechos humanos universales.* Traducción de A.I. Stellino. México: Gernika.

Dussel, E. (1988). *Hacia un Marx desconocido. Un comentario de los manuscritos del 61-63.* México: Siglo XXI.

Dussel, E. (1994). *1492 El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad.* Bolivia: Plural Editores.

Dussel, E. (1998). *Ética de liberación. En la edad de la globalización y la exclusión.* Madrid: Trotta.

Dworking, R. (2012). *Los derechos en serio.* Madrid: Ariel.

Ellacuria, I. (1991). *Filosofía de la realidad histórica.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (1998). *Derechos fundamentales y sus garantías. La ley del más débil.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). *Principia iur. Tomo II. Teoría de la democracia.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). *Principia iuris. Tomo III. La sintaxis del derecho.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, 15-54. Recuperado de: https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02

Ferrajoli, L. (2011). El constitucionalismo garantista. Entre el paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, 311-360. Recuperado de: https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.19.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. Tomo I. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.

Gadamer, G.H. (1993). *Verdad y método I.* Salamanca: Sígueme.

Gadamer, G.H. (1998). *Verdad y método II.* Salamanca: Sígueme.

García Maynez, E. (2003). *Introducción al estudio del derecho.* México: Porrúa.

García, E. y Martínez, A. (2009). Estrategias de crecimiento internacional basadas en alianzas globales. *Revista de Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, 68-78. Recuperado de: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=511851321004

Gargarela, R. (2010). Apuntes sobre constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 30-48.

Geertz, C. (2002). *The Interpretation of Cultures*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

González, R.D. (2015). *Del Poder Judicial de la Federación, la administración de justicia antes y después de la Revolución (1910-1920), 100 aniversario de la Constitución de 1917.* México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Habermas, J. (2001). *Teoría de la acción comunicativa II. Critica a la razón funcionalista.* Madrid: Taurus.

Habermas, J. (2003). *La ética del discurso y la cuestión de la verdad.* Buenos Aires: Paidós.

Hartt Dávalos, A. (2001). *Cultura para el desarrollo: El desafío del siglo XXI.* La Habana: Ciencias Sociales.

Hernández Reyna, M. (2007). Sobre los sentidos de "multiculturalismo" e "interculturalismo". *RaXimhai, Revista de Sociedad Cultura y Desarrollo sustentable,* 3, 432.

Hill, C. y Jones, G. (2009). *Administración estratégica*. México: Mc Graw Hill.

Ibarra Flores, R. (2010). *Filosofía del derecho mexicano.* México: Trillas.

Ibarra, M. y González, L. (mayo-agosto de 2010). La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo. *Contaduría y Administración*, 33-52. Recuperado de: http://www.scielo.org.

mx/scielo.php?pid=S0186-10422010000200003&script=sci_arttext&tlng=en

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010). *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Los peritajes culturales y la visión de la pobreza desde su cosmovisión.* San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Kala, J.C. (en prensa). *Consideraciones en torno a la investigación jurídica.* México: Tirant lo Blanch.

Kuhn, T. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas.* México: Fondo de Cultura Económica.

Lakatos, I. (1978). *La metodología de los programas de investigación.* Madrid: Alianza.

León Pinelo, A.D. (1992). *Recopilación de las Indias*. (Vol. 2). México: Escuela Libre de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Universidad de Navarra, Universidad Panamericana, Miguel Ángel Porrúa, Gobierno del estado de Chiapas, Gobierno de estado de Morelos.

Marx, K. (2007). *El capital.* Madrid: Akal.

Massini, C. (2005). *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Maturana, H. (2018). *Emociones y lenguaje.* Santiago: JC Sáez Editor.

Mercado, H.A. (12 de marzo de 2019). Prohibir la subcontratación, plantean en foro sobre reforma laboral. NOTIMEX, págs. https://www.20minutos.com.mx/noticia/491289/0/prohibir-la-subcontracion-plantean-en-foro-sobre-reforma-laboral/.

Medici, A. (2016). *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano.* México: CENEJUS.

Micalco Méndez, M.M. (2017). *Yax.* México: Porrúa.

Nedelkoska, L. y Quintini, G. (2018). *Automation, skills use and training*. OECD.

Norberto, B. (2002). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.

Olive (1999). *Multiculturalismo y pluralismo*. México: Paidós-UNAM.

Ordoñez Cifuentes, J. (1995). *Conceptualizaciones jurídicas en el derecho internacional público moderno y la sociología del derecho: indio, pueblo y minorías.* México: UNAM.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2012). *Del trabajo precario al trabajo decente*. Suiza: OIT.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2018). *Mejores políticas para una vida mejor*. Recuperado de: https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/

Ortega Maldinado, J.M.; Monrroy López, B. y Pérez Ramírez, N. (2018). *Los derechos humanos en la globalización.* México: Porrúa.

Otto Apel, K. (1985a). *La transformación de la filosofía. Tomo I.* Madrid: Taurus.

Otto Apel, K. (1985b). *La transformación de la filosofía. Tomo II.* Madrid: Taurus.

Otto Apel, K. (1998). *Ética del discurso y ética de la liberación.* Madrid: Trotta.

Otto Apel, K. (2013). *Paradigmas de filosofía primera.* Buenos Aires: Prometeo.

Pérez Pintor, H. (2012). *La arquitectura del derecho de la información en México, un Acercamiento desde la Constitución.* México: Porrúa.

Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, 2(21): 339-354.

Presidencia de la República (05 de junio de 2014). Reglamento de los Artículos 121 y 122 de la Ley Federal del Trabajo. Reglamento de los Artículos 121 y 122 de la Ley Federal del Trabajo. México: Diario Oficial de la Federación.

Prieto de Pedro, J. (2013). *Cultura, culturas y constitución, Premio "Nicolás Serrano".* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ramos García, J.A. (2012). *Los juristas del exilio español en México.* Morelia: Instituto de Investigaciones Históricas.

Revista Jurídica (2016). *Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación.* Facultad de Jurisprudencia, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Rezzonico, J.C. (1999). *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea.

Romero, J.; López, V. y Sánchez, G. (2019). Las condiciones laborales en la industria de los servicios empresariales intensivos en conocimiento (SEIC) en México en el nuevo siglo. *Analisis económico*, 145-175.

Russomano, V. (1980). *La estabilidad en el empleo*. México: UNAM.

Reynoso, C. (1997). *Permanencia de las relaciones de trabajo*. México: UNAM.

Salamanca Serrano, A. (2003). *Yo soy guardián mundial de mi hermano.* Berlín: Dieses Bild Anzeigen.

Salamanca Serrano, A. (2010). Iusmaterialismo. Teoría del Derecho de Los pueblos. *Critica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Dilosofía y Derecho*, 29, 83-127.

Salamanca Serrano, A. (2011). Investigación jurídica intercultural e interdisciplinaria. *Redhes*, 59-92.

Salamanca Serrano, A. (2015). La investigación jurídica intercultural e interdisciplinaria. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología. *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudio de Sociales*, VII(14), 59-92.

Salgado González, S. (s.f.). El empirismo de John Locke y David Hume. *Doxa. Revista cuadernos de Filosofía*, 1-26. Recuperado de: http://guindo.pntic.mec.es/ssag0007/filosofica/Hume-fil2.pdf

Sánchez Cohen, I.; Díaz Padilla, G.; Cavazos Pérez, M.; Granados Ramírez, G. y Gómez Reyes, E. (2011). *Elementos para entender el cambio climático y sus impactos.* México: Porrúa.

Sánchez, A.; Reynoso, C. y Palli, B. (2016). La subcontratación: Un fenómeno global. Estudio de legislación comparada. *Serie Estudios Jurídicos*, 182.

Sartori (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus.

Scannone, J.C. (2009). La filosofía de la liberación: Historia, características, vigencia actual. *Teología y vida*, 50 (1-2), 59-73.

Serrano, C. (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas: Derecho internacional y experiencias constitucionales de nuestra América.* San Luis Potosí: UASLP- Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Padre Enrique Gutiérrez.

Soberanes Fernández, J. (2009). *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos.* México: Porrúa.

Software Gurú (25 de agosto de 2019). www.SoftwareGurú.com.mx. Obtenido de www.SoftwareGurú.com.mx: https://sg.com.mx/revista/58/estudio-de-salarios-sg-2019

Thompson, J. (2002). *Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de la comunicación de masas.* México: Universidad Autónoma Metropolitana.

Thompson, A.; Peteraf, M.; Gamble, J. y Strickland, A. (2012). *Administración estratégica*. México: McGraw Hill.

Tunal Santiago, G. y. (2007). *La cultura como objeto de investigación.* Tecsistecatl.

Vargas Mendoza, M.I. (2018). Xavier Zubiri. Un giro hermenéutico hacia la metafísica madura. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 21, 185-228.

Vargas Mergold, A.V. (2016). *La empresa metalúrgica Industrial Minera México en San Luis Potosí. Problemas ambientales con soluciones incoherentes.* Obtenido de https://colsan.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1013/230/3/La%20empresa%20metal%C3%BArgica%20Industrial%20Minera%20M%C3%A9xico%20en%20San%20Luis%20Potos%C3%AD.pdf?fbclid=IwAR1_RmyNVBZn4BF-rmu2HftARQ9-qBhcQWrdvVVGCSrelzCyYQanU2lQN0s

Vargas Mendoza, M.I. (2019). *Xavier Zubiri. Giro hermenéutico hacia la metafísica madura*. Mauritius: Editorial Académica Española.

Vattimo (1998). *La sociedad transparente*. Barcelona: Paidós.

Vattimo (2010). *Adiós a la verdad*. Barcelona: Gedisa.

Villoro (1999). *Estado plural, pluralidad de culturas*. México: Paidós.

Zúñiga, M. (enero-junio de 2012). Flexibilización laboral y ética empresarial. *Revista de Derecho*, 37, 321-349. Recuperado de: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85123908012

Vázquez Rodríguez, C. (2013). *Los derechos difusos y su protección jurídica.* México: Artes Gráficas La Impresora.

Vázquez, D. (2016). *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Velasco, H. (2014). Múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos de la UNESCO. *Series Filosóficas,* 33.

Zubiri, X. (1998). *Inteligencia sentiente.* Madrid: Alianza.

Protección multinivel en la indemnización por responsabilidad estatal

José Manuel López Libreros
Miguel Ángel Veloz Romo

Introducción

¿Existe en México una base normativa para la responsabilidad estatal por actos u omisiones del Estado? En el presente trabajo se afirma que sí, y que además es aplicable más allá de la responsabilidad administrativa por actos irregulares, y esto obedece a las posibilidades que la normatividad da dentro de una interpretación plural y abierta a fuentes externas.

El pluralismo jurídico es entendido como un efecto o manifestación de la interacción de sistemas jurídicos dentro de un sistema legal, como el mexicano, que —vía reformas constitucionales en materia de derechos humanos e interpretación judicial, así como por paulatino proceso de armonización con estándares internacionales— se ha ido abriendo paso hacia un estado constitucional y democrático, con las más altas aspiraciones hacia la protección de la persona humana.

El reconocimiento de un nuevo parámetro de regularidad constitucional, establecido ahora con la constitución y los tratados

internacionales, así como con todas las interpretaciones autorizadas por los órganos competentes, conjugación de normas duras con blandas, más el uso de criterios hermenéuticos en el reconocimiento y aplicación de las normas en derechos humanos, genera un amplio espectro protector. Este parámetro complementa y perfecciona el sistema jurídico nacional; así, los operadores jurídicos cuentan con un amplio arsenal dispuesto hacia la más amplia protección de la dignidad de la persona.

Por lo que toca a la responsabilidad del estado, nuestro país cuenta con una regulación deficiente. Si bien es cierto que desde la Constitución se ha desarrollado la responsabilidad patrimonial objetiva por actividades irregulares, ésta se ha entendido con relación a actos administrativos. Como es sabido, México es parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que firmó la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDH) y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Como complemento al derecho nacional, el Sistema Interamericano ofrece una base normativa para la indemnización por casos de responsabilidad estatal, que siguiendo la doctrina de la reparación integral de los derechos humanos e implica reconocer un derecho fundamental a favor de los gobernados.

El pluralismo jurídico como postura para la protección amplia de los derechos de las personas

Las personas son el centro y justificación última de la existencia de una organización estatal y, por ende, de la manifestación de la juridicidad; sin lugar a dudas, uno de los grandes logros de la sociedad ha sido la creación de instituciones para el respeto a la dignidad de las personas y su protección a través del sistema normativo. Esta postura humanizadora, conjugada con una articulación de un proceso constitucionalización, ha impregnado a los diversos sistemas jurídicos con vigorosas características, herramientas y procedimientos tendientes a que las personas vivan y gocen de sus derechos fundamentales.

Las reformas que se han gestado en materia de derechos humanos han acercado a México a hacia el paradigma del Estado

constitucional y democrático, en el cual se aspira a que los derechos humanos sean reconocidos por el orden jurídico, respetados por el aparato estatal, y gozados por y entre las personas. De tal suerte que, tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 1º, último párrafo; 2º, apartado A, fracción II; 3º, fracción II, inciso c y 25 de la Constitución) como en tratados internacionales en materia de derechos humanos y por la jurisprudencia, se reconoce que la *dignidad* no es meramente una aspiración ética, sino un principio jurídico, una norma que consagra el derecho fundamental de la persona y que es la base y condición que irradia dentro de todo el sistema jurídico mexicano (1a./J. 37/2016 [10a.]).

Ahora bien, dentro de una sociedad pluralista como la mexicana, en la cual hay diversos grupos, intereses, ideologías y proyectos, pero sin que ninguno predomine sobre los demás, las normas constitucionales son *instrumentos vivos* y evolutivos, a la par que conformar un crisol de posibilidades en el cual los proyectos de vida particulares y la realidad social se pueda desenvolver en un ámbito de justicia, democracia y derechos. Como sostiene Zagrebelsky (2011: 13): "Hay quien ha considerado posible sustituir, en su función ordenadora, la soberanía del estado (y lo que de elusivo, simplificador y orientador tenía de por sí) por la soberanía de la Constitución" e incluso, una *Constitución internacional*, como signo de una progresiva legalización y de un repliegue de la mera efectividad del encuentro (o del desencuentro) de soberanías. Retomando esta idea, la soberanía se justifica en la persona (Peters, 2009), y más que colisiones entre instituciones, podríamos encontrar oportunidades para dotarle de más y mejores derechos.

La fluidez en las relaciones que caracteriza al mundo posmoderno (Bauman, 2009) también se impregna en el derecho, y así se generan intersecciones étnicas y jurídicas que dan sentido al concepto de *interlegalidad* (Sousa Santos, 1991). En este escenario ni los estados ni las entidades públicas, privadas o las personas en sí son destinatarias solo de su derecho interno, sino que forman parte de una red normativa (Ferrajoli, 2005: 114). La existencia de una pluralidad de fuentes normativas en la interacción de esa red jurídica *globalizada*, conlleva por necesidad a "un diálogo entre legalidades" (Nickel, 2015: 206).

El proceso de transición hacia un Estado democrático y de derecho se enclava dentro de un entorno de pluralismo legal global (Michaels, 2009), como efecto de la globalización jurídica y, como tal, caracterizado por la irrupción de una pluralidad de órdenes normativos (internacionales, transnacionales, regionales, locales) que coexisten en tiempos, objeto de regulación y sobre la coordinación de esfuerzos de distintas soberanías. Así, el parámetro de regularidad constitucional debe ajustarse a los tiempos y necesidades de las personas dentro de la evolución de la sociedad mexicana en un contexto de interconexión con la sociedad internacional, a la vez que generar espacios de participación democrática (Morán Torres, 2010).

México, al participar de manera activa en la esfera internacional, expone y asume valores y principios protectores de los derechos humanos que caracterizan a la sociedad internacional democrática contemporánea (López Libreros, 2018b: 98), repercutiendo de manera favorable en el reconocimiento de los derechos humanos y el desarrollo de instrumentos y técnicas que favorecen su protección.

Interacción entre sistemas jurídicos en la protección de derechos humanos

El surgimiento de sistemas jurídicos de protección de los derechos humanos, locales y supranacionales genera la interacción entre fuentes, instituciones y procedimientos. En esta tesitura: "[L]a protección de los derechos humanos, en un ámbito de globalización, se enmarca en una red de normas jurídicas, de diversa naturaleza, que resultan aplicables al fenómeno, mismas que deben ser recibidas por el sistema jurídico nacional e interpretadas conforme a estándares internacionales" (López Libreros, 2018a: 154).

Esta relación entre órdenes normativos, como generadora de una protección multinivel de derechos humanos (Bandeira Galindo, Urueña y Torres Pérez, 2013; López Libreros, 2019), cuya articulación se gestiona conforme al derecho local. Es precisamente el sistema constitucional al cual se le encarga el recibir los instrumentos que se generan en el ámbito internacional (Becerra Ramírez,

2017). En este sentido, y por la deficiencia en la existencia de cláusulas de apertura constitucional, la recepción de los instrumentos en materia de derechos humanos no ha sido del todo pacífica. La labor del poder judicial ha sido determinante en establecer cómo se van identificando los derechos que complementan el catálogo constitucional. Pensemos en los asuntos paradigmáticos como el de Radilla Pacheco (Cossío Díaz, Mejía Garza y Rojas Zamudio, 2012) o la Contradicción de tesis 293/2011 (Puppo, 2016), para identificar la dificultad que ha supuesto para los operadores jurídicos el proceso de recepción de fuentes internacionales para el reconocimiento y protección de los derechos humanos en México.

Hoy en día, el Poder Judicial de la Federación identifica que el articulado de la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos —es decir, la fuente interna y la internacional— conforman un parámetro de regularidad constitucional para todos los actos del estado (P./J. 20/2014 [10a.]) que, precisamente, deben incluir los estándares internacionales en materia de derechos humanos; es decir, la interpretación autorizada que los órganos internacionales competentes formulen sobre los tratados internacionales (1a. CCCXLIV/2015 [10a.]), las normas duras (tratados, sentencias, principios y costumbres) y su alcance normativo (recomendaciones, observaciones, etcétera).

Esta interacción entre sistemas normativos, más allá de la dualidad monismo-dualismo, implica la internacionalización de los derechos humanos y la ampliación del catálogo de derechos humanos en México. Además, el espectro protector de las normas jurídicas se amplifica al utilizar los principios de la interpretación conforme y pro persona en un contexto progresivo.

La insuficiencia de la delimitación del hecho generador y la responsabilidad estatal

La responsabilidad del estado como figura jurídica se podría definir de una manera sencilla, señalando que se presenta cuando la actuación de los órganos se aleja de los límites del parámetro de regularidad constitucional y se realizan conductas contrarias o, bien, se omiten las que se tiene del deber de realizar, causando en el particular un

daño que no se encuentra justificado. Este concepto de responsabilidad del Estado se conforma con la existencia de tres elementos: 1) una conducta de un órgano del Estado; 2) que esa conducta implique una contravención a la norma constitucional al realizar algo que no está dentro de las facultades del órgano, o al no realizar algo que la norma constitucional establece como deber a su cargo; 3) que con ello se cause un daño que bajo ninguna circunstancia el particular tendría porque soportar (Veloz Romo, 2018).

Con base a ello, la responsabilidad del Estado como figura jurídica tiene como finalidad resarcir los daños que se causen cuando la actuación de la autoridad va más allá de los límites establecidos en la protección de los individuos, límites que en la actualidad pueden provenir del orden interno de un estado a través de su Constitución, o del orden internacional a través de los tratados internacionales que celebre (Romero Michel, 2013: 116).

La problemática existente con relación a la responsabilidad estatal deriva del contenido que se ha dado a esta figura en el orden interno, pues si se analiza a través de derecho comparado la forma en que se ha regulado, nos daríamos cuenta de que no existe un criterio uniforme que permita establecer los supuestos en los cuales procede la forma en que se puede llegar a reclamar y la manera en que se debe otorgar la indemnización respectiva.

Algunas regulaciones internas contemplan la figura de la responsabilidad, sólo con relación a ciertas funciones de los órganos del Estado y partiendo de la tradicional división de poderes al separar las funciones legislativa, ejecutiva y judicial; un ejemplo de ello se presenta México, en donde la Constitución sólo reconoce la responsabilidad por actividades administrativas (último párrafo del artículo 109 de la Constitución); sin embargo, de manera completamente opuesta, existen Estados en los cuales para la determinación de la responsabilidad estatal no se toma en cuenta la función desarrollada, sino que procede en cualquiera de las actividades, como es el caso de Argentina y Colombia.

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado como figura jurídica se ha ido generando a través de las resoluciones judiciales, adecuándola a la realidad social y estableciendo los casos y condiciones en las cuales se puede llegar a presentar; en Francia

fue en donde por primera vez se determina que el Estado puede ser sujeto de responsabilidad a través del Fallo Blanco, dictado el 8 de febrero de 1873 por el Tribunal de Conflictos de Francia, en donde se estableció un criterio para diferenciar la actividad administrativa de la civil, siendo la primera en la cual se ubica el estado; y el Fallo Pelletier, del 30 de julio de 1873, en el cual se reconoció la existencia de dos tipos de responsabilidades, una derivada de una prestación de servicio público (falta de servicio), que permite un reclamo directo en contra del estado, y otra responsabilidad que recaía de manera directa en el funcionario público (falta personal), en la cual es el funcionario quien responde por extralimitarse en sus funciones (Jiménez, 2013).

A nivel internacional, a través de los tratados internacionales celebrados, los estados asumen el deber de respeto de los derechos humanos, reconociendo la figura de la responsabilidad internacional para el caso de conductas que vayan en contra de los derechos humanos de los individuos que actúan dentro de su territorio. En el caso de México, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos —conformado por diversos instrumentos internacionales como tratados, convenios o resoluciones— se convierte en la base de un sistema jurídico pluralista internacional, toda vez que busca establecer los parámetros mínimos que debe respetar el orden interno de los estados que forman parte de él, asumiendo los estados el deber de respeto de dichos instrumentos y no contraviniéndolos en su orden interior.

El sólo hecho de que en el orden interno de México no exista un recurso que permita revisar la posible afectación de un derecho humano por la actuación del Estado en sus funciones legislativas y judiciales, determinar le existencia de responsabilidad y, en su caso, resarcir el daño, implica ya en sí mismo una omisión al deber de respeto de los instrumentos internacionales (Veloz Romo, 2019).

Así, en materia de responsabilidad estatal y el derecho a una indemnización por los actos cometidos por los órganos del Estado mexicano, serán las normas internacionales emitidas dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos las que coexistan con la normativa interna y, en su caso, determinen los criterios

a seguir para un efectivo resarcimiento de los daños causados a los derechos humanos de sus gobernados, ya que a través del control de convencionalidad, los criterios de decisión y los mecanismos de protección internos como internacionales deben ser adecuados entre sí, permitiendo el reconocimiento de una violación a un derecho y la reparación del daño causado, a efecto de que no se genere una responsabilidad en el ámbito internacional (Colindres Schonenberg *versus* El Salvador, 2019, párrafo 75).

Instrumentos y criterios para la delimitación de la responsabilidad y la indemnización

Derivado de la carencia que existe de una regulación interna que permita hablar de una responsabilidad estatal en un sentido amplio y establezca a la par los parámetros para integrar el derecho al resarcimiento de los daños, ha sido necesario incorporar las normas internacionales en el sistema jurídico interno, generando una coexistencia de normas que en ocasiones se contradicen y en otras se complementan, en aras de lograr mayor protección de los derechos humanos. Un claro ejemplo de lo anterior es que el Poder Judicial de la Federación ha recibido conceptos como la reparación integral del daño en términos y alcances fijados por la jurisprudencia interamericana.

> El derecho a la reparación integral permite, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, procede el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo cual no debe generar una ganancia a la víctima, sino que se le otorgue un resarcimiento adecuado (1a./J. 31/2017 [10a.]).

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el instrumento que fija las bases para la protección de derechos humanos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, misma que a partir de la reforma constitucional, llevada a cabo en el año 2011 en México, los jueces la han utilizado como fundamento de control de convencionalidad, dejando de aplicar una norma

por ser contraria a ella o ampliando el límite existente con relación a algún derecho regulado en el orden interno; pero además, han reconocido la jurisprudencia generada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una extensión de la propia Convención, por ser en ella donde se desarrollan los derechos humanos, y estableciendo las bases para su aplicación en el orden interno al señalar que:

> Los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos (P./J. 21/2014 [10a.]).

Con la aplicación en el orden interno de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia que emite la Corte Interamericana, se genera una coexistencia de normativas jurídicas, en donde debe prevalecer aquella que otorgue una protección más amplia o regule con mayor amplitud el goce o ejercicio de un derecho (Ricardo Canese *versus* Paraguay, 2004, párrafo 180).

Sin embargo, en la práctica pareciera que aún y cuando de manera expresa se establece la obligación a cargo de los Estados parte de la Convención de velar por la protección de los derechos humanos dentro de su ámbito territorial, algunos de ellos siguen sin hacer operativas las normas internacionales en su ámbito interno, ya que no aceptan ceder de manera total su soberanía en cuestión de coercibilidad en la aplicación de ellas, estando sujetan a la soberanía ejercida por el Estado (Becerra Ramírez, 2013).

Este deber de los Estados de adecuar su orden interno para generar mecanismos efectivos de protección de los derechos consagrados en la Convención, como es el caso del derecho a la indemnización por actos irregulares del estado, no puede quedar al arbitrio de los estados partes, ya que en sí mismo lleva implícito el

reconocimiento de una responsabilidad para el caso de no acatar la disposición, generando el derecho al restituir al afectado en el goce del derecho lesionado, y en el caso de no ser posible a cubrir la reparación del daño causado, además de la responsabilidad internacional que se pueda generar.

En concreto, podemos establecer seis criterios básicos que rigen la responsabilidad internacional de los estados por actos que impliquen violaciones a los derechos humanos a través del Sistema Interamericano, los cuales coexisten con la normativa interna en México, y deben de ser aplicados por las autoridades al generar una protección más amplia que la regulación interna:

1. La responsabilidad se presenta con relación a la actividad realizada por cualquier órgano o poder del Estado, sin hacer distinción en cuanto a la naturaleza del órgano o la actividad que desempeña (Baldeón García *versus* Perú, 2006, párrafo 140).
2. La responsabilidad se da no sólo con relación a los órganos del Estado, sino también con relación a la actividad realizada por cualquier persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público (ejercicio de autoridad), por lo cual se amplían los sujetos que pueden ser responsables (Villamizar Durán y otros *versus* Colombia, 2018, párrafo 139), a todas aquellas personas que de alguna manera ejerzan el imperio en relaciones verticales o de supra a subordinación.
3. La responsabilidad puede presentarse por la violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción, si la autoridad sabía o debía haber sabido de la existencia de un riesgo y no adoptó las medidas necesarias para prevenirlo o evitarlo (Gutiérrez Hernández y otros *versus* Guatemala, 2017, párrafo 140). Esto incluye relaciones de coordinación.
4. No es necesario que exista culpa o intencionalidad del agente que realiza la conducta, pues basta la existencia de una obligación a cargo del estado que haya sido incumplida por éste (García Ibarra y otros *versus* Ecuador, 2015, párrafo 107).
5. Para saber si la conducta realizada engloba dentro de la categoría de ejercicio de autoridad, se debe tomar en cuenta si: a) el órgano o agente estaba en servicio o recibiendo or-

den de un superior; b) si la conducta se realizó utilizando medios derivados de la función oficial del órgano o agente estatal; c) si era probable que cualquiera considerara que el órgano o agente estatal actuaba con tal calidad (Villamizar Durán y otros *versus* Colombia, 2018, párrafo 140).

6. No existe responsabilidad internacional si el estado reconoce haber cometido un ilícito internacional, pero además a través de sus mecanismos internos hace cesar la conducta que implica la afectación y, en caso de ser necesario, repara las consecuencias generadas (Andrade Salmón *versus* Bolivia, 2016, Párrafo 96; Duque *versus* Colombia, 2016, párrafo 128).

Estos criterios, conjugados con otros dictados por el Poder Judicial de la Federación y analizados como protectores de los derechos humanos, sientan una base doctrinal a la figura de la responsabilidad estatal por violación a derechos humanos, la cual en su caso puede llegar a generar la necesidad de resarcimiento de los daños causados, en donde la Convención Americana reconoce el derecho a la reparación de las consecuencias generadas por la violación a derechos humanos y establece el deber de los estados de pagar una indemnización (artículo 63.1).

Este derecho a una indemnización por afectaciones a cualquier derecho o libertad consagrada en la Convención Americana debe ser reconocida por los estados como un derecho subjetivo y, no sólo eso, se deben establecer los mecanismos que permitan hacerlo efectivo independientemente de la autoridad que cometa la afectación.

En el caso de México, la normativa interna no reconoce el derecho a una indemnización por la actividad estatal, en cualquier caso, sino sólo en aquellos supuestos en que la conducta realizada sea de carácter administrativo y se haya realizado de manera irregular por generar una afectación en el particular que no tenía el deber jurídico de soportar.

Sin embargo, dicha normativa coexiste con la norma internacional establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a una indemnización por el daño que se cause a cualquier derecho o libertad, sin limitar bajo ninguna circunstancia su procedencia en atención al tipo de activi-

dad desarrollada por el estado, por lo que debe de ser ésta al regular, de manera más amplia, el derecho a una indemnización, la que debe de prevalecer sobre la norma interna (último párrafo del artículo 109 Constitucional), permitiendo el resarcimiento de un daño cuando se afecte un derecho reconocido en la propia Convención, independientemente de la naturaleza de la función que se lleve a cabo, generando en México una nueva concepción de la responsabilidad del estado, misma que tiene un contenido más amplio a partir de la protección de los derechos humanos reconocidos en las normas internacionales (Veloz Romo y Medina García, 2017).

Algunos tribunales internos en México empiezan a reconocer la prevalencia de la norma internacional señalada en materia de responsabilidad estatal, a través de la aplicación del principio *pro persona* al considerar que no sólo a través de una acción se puede llegar a violar un derecho humano, sino que también a través de la omisión de su deber de interpretar las normas en materia de derechos humanos, lo que otorga una garantía de que en la aplicación de cualquier norma la autoridad debe interpretarla a la luz de los derechos humanos:

> De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de protegerlos. Ésta puede caracterizarse como el deber que tienen los órganos del estado, dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de una autoridad o de algún particular y, por ello, debe contarse tanto con mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho, de forma que se impida la consumación de la violación. En este último sentido, su cumplimiento es inmediatamente exigible, ya que como la conducta estatal debe encaminarse a resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del estado como de otros particulares, este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos. De ahí que, una vez conocido el riesgo de vulneración a un

> derecho humano, el estado incumple su obligación si no realiza acción alguna, sobre todo, porque, en el caso de sus propios agentes, está obligado a saber todo lo que hacen (XXVII. 3º. J/25).

Reconocido el derecho a una indemnización por la violación a un derecho humano por parte de la autoridad, se debe determinar de qué forma se le da cumplimiento a la naturaleza del mismo, consistente en restituir al afectado en el goce del derecho violado o, en su defecto, generar una compensación que le permita sustituir el hecho de no poder gozar más de ese derecho, reparación que puede adoptar diversas formas en atención al derecho lesionado, abarcando el ámbito material e inmaterial de las víctimas.

El artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos antes comentado, ha generado una nueva concepción de la reparación del daño derivada de la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana, generando el concepto de reparación integral, misma que permite la acreditación de daños materiales e inmateriales y el otorgamiento de medidas como investigación, restitución, rehabilitación, actos en beneficio de las víctimas, garantías de no repetición de violaciones e indemnización compensatoria; pero no sólo eso, la reparación del daño ahora es entendida en una doble dimensión, por un lado como obligación de los estados en virtud de su responsabilidad internacional y, por el otro, como un derecho fundamental de las víctimas al reconocerles el carácter de sujetos de derecho internacional, permitiendo su intervención para demostrar sus afectaciones y soliciten las medidas que consideren más acordes para lograr una verdadera reparación (Calderón Gamboa, 2013).

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que en caso de una infracción a una obligación internacional, la reparación del daño consiste en el restablecimiento a la situación anterior, por lo que en caso de no ser posible, se deberán adoptar medidas que garanticen los derechos afectados, se reparen las consecuencias y se realice el pago de una indemnización a manera de compensación, sin que bajo ninguna circunstancia se puedan invocar disposiciones del derecho interno del estado

responsable para incumplir con su deber (Comerciantes *versus* Colombia, 2004, párrafo 221).

En el caso de México, esta nueva concepción de responsabilidad internacional del Estado, generada a través de los criterios señalados, así como el derecho a una reparación integral del daño que no hace distinción para el tipo de función desarrollada por el órgano o entidad estatal, son el parámetro que se debe seguir para otorgar cualquier indemnización por la afectación de derechos humanos, por lo que aún y cuando en el orden interno no se contemple esta figura de la responsabilidad estatal de una manera tan amplia, al coexistir ésta con la normativa internacional, genera la necesidad de su aplicación a fin de evitar un responsabilidad internacional del Estado mexicano.

Conclusiones

La apertura del sistema jurídico mexicano a fuentes internacionales, enclavado en las reformas en materia de derechos humanos y la interpretación jurisprudencial, se genera una red normativa plural que refleja la coexistencia de normas internas e internacionales en materia de derechos humanos, cuyo objetivo común es el generar una protección más amplia en el derecho de las personas.

Para ello, las autoridades internas de los estados deben integrar las normas internacionales considerando los criterios establecidos por la Corte Interamericana, teniendo presente que el parámetro básico lo es la dignidad humana, misma que permite que aún y cuando existan diferencias entre los Estados destinatarios de la norma, en cuanto a su aspecto social o cultural, el resultado debe de ser el mismo.

En el caso de la responsabilidad estatal por violación a un derecho humano, la forma en que esta figura se encuentra regulada en México, limita el derecho de los gobernados para poder obtener una indemnización por daños causados al violar derechos humanos, por sólo permitir su procedencia en caso de actividad administrativa irregular, llevada a cabo por órganos del estado; en base al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho a una indemnización no se limita en atención a la naturaleza de la función desarrollada por el órgano del estado.

Por ello, ante la coexistencia en México de normas internas e internacionales que regulen la responsabilidad del estado por violación a un derecho humano, son las que regula el Sistema Interamericano de Derechos Humanos las que deben prevalecer y servir de base a las autoridades estatales, en virtud de establecer una protección más amplia en cuanto a los sujetos obligados y la forma en que se debe de cubrir la indemnización. De esta manera, el fundamento normativo de la responsabilidad estatal y su consecuente reparación encuentra su origen en el Sistema Interamericano, que complementa a las normas nacionales, en el reconocimiento y respeto del derecho fundamental a la reparación del daño.

Referencias

Bandeira Galindo, G.R.; Urueña, R. y Torres Pérez, A. (2013). *Protección multinivel de derechos humanos*. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.

Bauman, Z. (2009). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Becerra Ramírez, M. (2013). *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho* (Primera). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Becerra Ramírez, M. (2017). *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*. México: UNAM, IIJ.

Calderón Gamboa, J.F. (2013). *La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Primera). México: Comisión Nacional de Derecho Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). *Caso 19 Comerciantes versus Colombia*. Sentencia, 5 de julio (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso Baldeón García versus Perú*. Sentencia, 6 de abril (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Caso García Ibarra y otros versus Ecuador*. Sentencia, 17 de noviembre (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). *Caso Andrade Salmón versus Bolivia*. Sentencia, 1 de diciembre (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). *Caso Duque versus Colombia*. Sentencia, 26 de febrero (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Caso Gutiérrez Hernández y otros versus Guatemala*. Sentencia, 24 de agosto (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Caso Villamizar Durán y otros versus Colombia*. Sentencia, 20 de noviembre (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Caso Colindres Schonenberg versus El Salvador*. Sentencia, 4 de febrero (Fondo, Reparaciones y Costas).

Cossío Díaz, J.R.; Mejía Garza, R.M. y Rojas Zamudio, L.P. (2012). *El caso Radilla: Estudio y documentos*. México: Porrúa.

Ferrajoli, L. (2005). El papel de la función judicial en el Estado de derecho. En: M. Atienza y L. Ferrajoli (Eds.), *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho* (p. 133). México: UNAM, IIJ.

Gobierno de México (2019). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 1917. Diario Oficial de la Federación (DOF) 6 de junio.

Jiménez, W.G. (2013). Origen y evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogos de Saberes* (38), 63-78. Recuperado de: https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.38.2013.1832

López Libreros, J.M. (2018a). Aproximación a los tratados en materia de derechos humanos. *De Jure*, *4*(6), 125-161.

López Libreros, J.M. (2018b). La soberanía nacional. En: M. Santiago Juárez (Ed.), *La Cámara de Diputados a 100 años de la Constitución de 1917* (pp. 94-101). México: Cámara de Diputados, APP.

López Libreros, J.M. (2019). *Derechos humanos en México: Protección multinivel, recepción de fuentes y gobernanza*. México: Triant lo Blanch.

Michaels, R. (2009). Global Legal Pluralism. *Anual Review of La & Social Sience*, *5*, 243-262. Recuperado de: https://doi.org/https://doi.org/10.1146/annurev.lawsocsci.4.110707.172311

Morán Torres, E.F. (2010). La democracia participativa en México, abismo entre legislación y realidad. En: F. Revuelta Vaquero y Benjamín Patrón Sánchez (Ed.), *Democracia participativa: Visiones, avances y*

provocaciones (pp. 133-160). México: Universidad de Guanajuato, IFE, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

Nickel, R. (2015). Interlegalidad. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, (8), 205-211.

Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José. San José de Costa Rica. Publicado en DOF el 7 de mayo de 1981.

Peters, A. (2009). Humanity as the A and Ω of Sovereignty. *European Journal of International Law*, *20*(3), 513-544. Recuperado de: https://doi.org/10.1093/ejil/chp026.

Puppo, A. (2016). De Kelsen a la Contradicción de Tesis 293/2011: Los conflictos normativos entre jerarquías formales y decisionismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *49*(147), 173-213. Recuperado de: https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2016.147.10643.

Romero Michel, J.C. (2013). Los supuestos de la responsabilidad patrimonial del estado en el funcionamiento de la administración de justicia reconocidos como derechos humanos en el ámbito internacional. *Ciencia Jurídica*, (3), 115-134.

Sousa Santos, B. de (1991). Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho. *Nueva Sociedad*, (116), 18-38.

Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima época, t. I, libro 5, abril de 2014, p. 202.

Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima época, t. I, libro 5, abril de 2014, p. 204.

Tesis XXVII.3º. J/25, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima época, t. III, febrero de 2015, p. 2256.

Tesis 1a. CCCXLIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima época, t. I, libro 24, noviembre 2015, p. 986.

Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima época, libro 33, t. II, agosto de 2016, p. 633.

Tesis 1a./J. 31/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima época, libro 41, t. I, abril 2017, p. 752.

Veloz Romo, M.A. (2018). *La responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad legislativa*. México: Universidad Autónoma de Nayarit.

Veloz Romo, M.A. (2019). La responsabilidad del Estado por reformas constitucionales. *Ciencia Jurídica*, *8*(15), 173-186. Recuperado de: https://doi.org/10.15174/cj.v8i15.304

Veloz Romo, M.A. y Medina García, A.R. (2017). La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Evolución y concepción actual. En: *Problemas y soluciones en el Estado Constitucional Democrático* (pp. 95-112). México.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia*. 10a ed. Madrid: Trotta.

Conclusiones generales

La filosofía política del multiculturalismo nos pone de frente con una realidad: la idea de una *cultura oficial* que está en las antípodas del reconocimiento de las diversas culturas e identidades culturales, que no pueden ser entendidas por el derecho como un todo homogéneo (lo que sería una mera abstracción), sino que deben ser entendidas como grupos y comunidades titulares de derechos, según sus miembros, por lo que las personas han de ser consideradas no como seres ideales sino como seres históricos, con necesidades y dotados de diversas capacidades. Es por ello que, en el caso de la tutela judicial, el derecho a dicha tutela debe ser con perspectiva de pluralismo jurídico, que impone la garantía de que el derecho de acceso a la justicia y a la respuesta jurisdiccional debe siempre respetar la identidad cultural de los justiciables.

En materia de derechos ambientales y de acuerdo con el Principio 22 de la Declaración de Río de 1992, también opera el pluralismo jurídico, ya que las comunidades indígenas y locales, en tanto grupo de población diferenciado y en razón de sus tradiciones y costumbres, tienen derecho a la protección de su medioambiente, sus tierras, sus territorios y sus recursos, teniendo en consideración su propio orden jurídico.

En el mismo tema ambiental, la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos incumben al aparato gubernamental y, en el caso concreto, del derecho humano al medioambiente sano y su vinculación con el derecho humano al desarrollo, cuestionan la calidad del paradigma político del crecimiento planteado por los gobiernos, lo que puede llegar a generar una colisión de derechos, al enfrentar las

estrategias de garantía de ambos derechos en el campo de lo concreto; ya que en muchas ocasiones las estrategias de desarrollo de los estados inciden directamente en el detrimento del derecho humano a un medioambiente sano de la población, especialmente de los más vulnerables, principalmente porque las reglas establecidas por el sistema capitalista, industrial y financiero se contraponen a las reglas propias de las comunidades asentadas en territorios ambientales.

Ciertamente, un sistema económico así requiere de un abordaje diferente en sentido jurídico, como corriente de pensamiento que surge de la complejidad de un pluralismo jurídico que resulta revolucionario por pretender transformar lo hegemónico de los sistemas, pues la especie humana requiere reconocer al otro humano y al otro ser terrestre y cósmico, ya que sin este reconocimiento por alteridad, desde la totalidad, se condena a la extinción y al término de la existencia humana, por ello su necesidad de armonía. Esto parece una utopía, pero de la misma manera ocurrió con el iusnaturalismo, iuspositivismo y sus derivaciones posmodernas.

Pues la visión del relativismo y subjetivismo del pensamiento posmoderno se ha constituido en una evidente condición y, más aún, en una presencia constante en la nueva referencia teórica del pluralismo jurídico; pues, efectivamente, para este último el análisis y proceso epistemológico no partirá del *unum*, es decir, de una realidad unitaria, una, única y vigente, pues eso suena a absolutismo, hegemonía y a las estructuras monocromáticas y absurdas de la modernidad, que buscará pretendidamente un punto de partida del plus-pluris de la variedad, multiplicidad, de *lo mucho*; eso posibilita la diferencia, la pluralidad, el soporte cognoscitivo en perspectiva, amplios sectores hermenéutico-interpretativos y la salvaguarda del conocimiento siempre en proceso de autoconstrucción, de crecimiento y evolución (y aquí está la condición y elemento mayormente presente) va a depender del sujeto, de las muchas posibilidades y vertientes interpretativas, en este caso jurídicas, en un contexto cultural. Y es que la cultura lleva implícita diversos factores de la persona en su individualidad, al mismo tiempo como colectivo del que forma parte, esto

es, todo tipo de organización, incluyendo a los propios sistemas jurídicos; y de esta forma debe considerarse también el pluralismo jurídico desde la dimensión cultural. Ciertamente se complica el reconocimiento del pluralismo cultural, étnico y, en consecuencia, también los diversos derechos que emanan de este, a través del derecho humano de la libre determinación de los pueblos, sin dejar de considerar que el pluralismo jurídico es una pieza fundamental del pluralismo cultural, igualmente como lo es el idioma, la música o las bellas artes.

En una sociedad pluricultural como la mexicana, dominada por la diversidad y el disenso, se erige el derecho a la diferencia como aquel que tutela los rasgos específicos, naturales y culturales que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas. De igual manera, como el reconocimiento de las personas como miembros de cierto grupo social, a gozar de determinados beneficios en virtud de ello.

En una primera vista, estas diferencias de la pluriculturalidad mexicana ocurren por las interacciones y tensiones que se presentan por la diversidad de prácticas, culturas y patrones de moral que luego devienen en jurídicas, y que son adoptadas por diferentes grupos sociales en el devenir del acontecer histórico en las relaciones sociales, políticas y jurídicas, lo que se transforma en las nuevas formas de abordar el conocimiento, alejándose cada vez más de las ideas dominantes sobre la racionalidad univocista de la realidad, que cobraron auge en la última parte del siglo XX.

Estas nuevas formas de abordar el conocimiento incluye la salud, pues una concepción normativa de esta no se limita a referir condiciones biológicas de pretendida normalidad para la especie humana, sino que incorpora también las condiciones sociales y culturales que, de igual manera, contribuyen a la conformación de lo saludable de acuerdo a cada sociedad o grupo social, considerados en su historicidad todo ello, sin desdeñar el avance científico que en sus mejores estándares debe ser ofrecido a los ciudadanos que lo requieran para garantizar su derecho. Así, la salud y lo saludable deben estar sujetos a control político de un cierto pluralismo incluso jurídico, buscándose mecanismos de diálogo y entendimiento entre los profesionales e investigadores de la salud; y entre

la población que recibe el impacto de sus prácticas, hallazgos e invenciones, y los actores políticos que diseñan las políticas públicas en materia de salud.

Siendo también la maternidad subrogada un tema de salud reproductiva, en la presente obra se asume la postura de pugnar por una legislación acorde a las características particulares, puesto que ni la prohibición, ni la ausencia de normas brindan un marco legal que proteja a las personas que intervienen en esta práctica. Incluso desde la perspectiva de los derechos humanos y de un pluralismo jurídico se pueden encontrar directrices que guíen la futura legislación de la maternidad subrogada, toda vez que se vulneran diversos derechos al negar el acceso a esta técnica que permite reproducirse a aquellas personas que la esterilidad se los ha negado.

El pluralismo jurídico alcanza también a la democracia y su fortalecimiento de los mecanismos de participación, y que estos sean utilizados en la elaboración de los planes de desarrollo para que se acerquen a las verdaderas necesidades de los ciudadanos. *Verbigracia*, la Constitución establece que los pueblos indígenas deben ser consultados para la elaboración de los planes de desarrollo, haciendo de este mecanismo un instrumento de pluralismo jurídico, por cuanto los pueblos originarios también se regulan por usos y costumbres.

Ciertamente el pluralismo jurídico puede generar colisiones de derechos, incluso en sentido no estricto, como por ejemplo en la subcontratación laboral, que ha generado la colisión entre diversas ramas del derecho principalmente entre el derecho laboral y el mercantil, bajo el principio de *pacta sunt servanda*, que reconoce la autonomía de las personas jurídicas (físicas y morales) en dos aspectos: *la libertad de las personas* para celebrar los negocios que estimen convenientes para la consecución de los fines que se propongan, siempre que estos sean lícitos; y, por otra parte, *la facultad, el poder o la potestad, reconocidos por el derecho objetivo a los particulares*, para crear obligaciones que tienen la misma fuerza que la ley y por tanto se pueden exigir coactivamente.

Finalmente, dentro de una sociedad pluralista y de pluralismo jurídico como la mexicana, en la cual hay diversos grupos,

intereses, ideologías, proyectos, pero sin que ninguno predomine sobre los demás, las normas constitucionales son instrumentos vivos y evolutivos, a la par que conforman un crisol de posibilidades, permiten también proyectos de vida particulares, por lo cual en la realidad social se pueden desenvolver en un ámbito de justicia, democracia y derechos. Pues como sostiene Zagrebelsky: "Hay quien ha considerado posible sustituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado por la soberanía de la Constitución", lo que puede tener sentido en cuanto que es la propia constitución, en el caso de México, la norma suprema que reconoce la pluriculturalidad de la nación, sustentada en la identidad colectiva e individual de la persona, por lo que, la soberanía se justifica ante todo en la persona humana y, más que colisiones entre derechos, podríamos encontrar alternativas jurídicas plurales para dotarle de más y mejores derechos.

Participantes

Enoc Francisco Morán Torres

Mexicano. Doctor en Derecho por la Universidad de Colima. Es profesor-investigador de tiempo completo de la Facultad de Derecho en la Universidad de Colima, miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (nivel I), coordinador general de la Red Iberoamericana de Investigación en Derecho y Disciplinas Sociales. Líneas de investigación: democracia y derechos humanos.
Correo electrónico: enocmoran@ucol.mx

Jessica Cristina Romero Michel

Mexicana. Profesora-investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima. Es integrante del núcleo académico de los doctorados interinstitucionales en Derecho y en Economía Social y Solidaria, ambos programas de las Universidades Públicas de la ANUIES región centro-occidente; así como del doctorado interinstitucional en Derechos Humanos por la Universidad de Guanajuato y la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (nivel I). Es autora de artículos de investigación jurídica en revistas nacionales e internacionales y de más de 30 obras colectivas en temas sobre la tutela sobre los derechos humanos desde la perspectiva del derecho de la regulación económica, constitucionalismo económico, derecho humano al desarrollo y su recepción en el ámbito jurídico interno, entre otras.
Correo electrónico: jessica_romero@ucol.mx

Enrique Letelier Loyola

Chileno. Doctor en Derecho. Es miembro de asociaciones, instituciones y sistemas de investigación como el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, IUDICIUM Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca, Red Chilena de Investigadores en Derecho Procesal. Labora en la Universidad de Valparaíso. Líneas de investigación: derecho procesal.
Correo electrónico: enrique.letelier@me.com | enrique.letelier@uv.cl

Christian Lizárraga Félix

Mexicano. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit. Actualmente es profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa campus Mazatlán. Líneas de investigación: derechos humanos y derecho de familia.
Correo electrónico: christian.lizarragaf@gmail.com y christianlizarraga.fdm@uas.edu.mx

María Elizabeth López Ledesma

Mexicana. Doctora en Derecho y experta en pueblos indígenas, derechos humanos y cooperación internacional por la Universidad "Carlos III" de Madrid, España. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (nivel I), de la Red Internacional de Estudio de los Problemas Sociales Multidisciplinarios y Multifactoriales del Análisis de la Criminalidad, de la Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud y del Sistema Estatal de Investigadores de San Luis Potosí. Es profesora-investigadora de tiempo completo en la Facultad de Derecho "Abogado Ponciano Arriaga Leija" de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Líneas de investigación: derecho internacional público, derechos humanos, derecho constitucional y derecho de la cultura.
Correo electrónico: elizabeth.lopez@uaslp.mx

José Manuel López Libreros

Mexicano. Doctor en Derecho por la Universidad "Carlos III" de Madrid, España. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (nivel I) e integrante del cuerpo académico *UAA-CA-32: Administración de Justicia*. Es profesor-investigador titular en el Departamento de Derecho, Centro de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Líneas de investigación: derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional y derecho económico internacional.
Correo electrónico: manuel.lopezl@edu.uaa.mx

Adriana Elizabeth Mancilla Margalli

Mexicana. Maestra en Estudios Humanísticos, especialidad filosofía. Es miembro del Círculo Mexicano de Profesores de Filosofía y de la Red Nacional Centro-Norte de Investigadores en Filosofía. Es profesora-investigadora en la Universidad de Colima. Líneas de investigación: ética, bioética y filosofía política.
Correo electrónico: adrianamancilla@ucol.mx

Violeta Mendezcarlo Silva

Mexicana. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (nivel I), Sistema Estatal de Investigadores y Red Potosina de Mujeres por la Ciencia. Es profesora titular en los niveles de licenciatura y maestría en la Facultad de Derecho "Abogado Ponciano Arriaga Leija" de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y líder del cuerpo académico: *Estado Constitucional y Derechos Emergentes*. Líneas de investigación: derecho ambiental, derecho fiscal, derechos humanos.
Correo electrónico: violeta.mendezcarlo@uaslp.mx.

Luis Moreno Diego

Mexicano. Doctor en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Integrante del Comité de Ética en la Investigación del Instituto de Cancerología del Estado de Colima. Es

profesor de las Facultades de Derecho y Filosofía y coordinador de la maestría en Bioética de la Universidad de Colima. Líneas de investigación: diálogo de la filosofía con los derechos humanos en perspectiva bioética.
Correo electrónico: moreno_diego@ucol.mx

Mario Peña Chacón

Costarricense. Máster en Legislación Ambiental de la Universidad para la Cooperación Internacional. Es miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), corresponsal nacional del Centré International de Droit Comparé de l´Environnement (CIDCE), coordinador de la maestría en Derecho Ambiental y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Líneas de investigación: legislación ambiental y derecho al medio ambiente.
Correo electrónico: mariopenachacon@gmail.com

Héctor Darío Ramírez Medina

Mexicano. Doctor en Ciencias Administrativas y Negocios Internacionales por la Universidad Multitécnica Profesional y especialista en mecanismos alternativos de solución de conflictos en las materias civil, familiar y mercantil en el estado de Colima, registrado en el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Colima, con especialidad en Formación de Secretarios para Tribunales del Poder Judicial de la Federación. Es notario público titular (número 5) en Tecomán, Colima.
Correo electrónico: dario@drgroup.mx

Iván Sánchez

Mexicano. Licenciado en Derecho por el Centro Universitario de la Costa Sur de la Universidad de Guadalajara. Es investigador senior de dicho Centro Universitario. Línea de investigación: derecho constitucional.
Correo electrónico: sanchezivan.mail@gmail.com

Oscar Javier Solorio Pérez

Mexicano. Doctor en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Es director general de vinculación y profesor-investigador en la Universidad de Colima. Autor y coautor de más de 10 libros, así como diversas ponencias y artículos publicados en revistas nacionales y extranjeras. Líneas de investigación: propiedad intelectual y derecho por influencia del desarrollo, la tecnología y la innovación.
Correo electrónico: ojsolorio@ucol.mx

Mauricio Iván Vargas Mendoza

Mexicano. Doctor en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Director de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California. Líneas de investigación: pensamiento jurídico en América Latina y paradigmas de la filosofía del derecho.
Correo electrónico: vargasm38@uabc.edu.mx

Miguel Ángel Veloz Romo

Mexicano. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (nivel I), profesor-investigador titular en el Departamento de Derecho, Centro de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Líneas de investigación: responsabilidad patrimonial del Estado y derecho civil.
Correo electrónico: angel.veloz@edu.uaa.mx

Retos del Pluralismo Jurídico ante la realidad del Derecho, por Enoc Francisco Morán Torres y Jessica Cristina Romero Michel (coordinadores), fue editado en la Dirección General de Publicaciones de la Universidad de Colima, avenida Universidad 333, Colima, Colima, México, www.ucol.mx. La edición se terminó en septiembre de 2024. En la composición tipográfica se utilizó la familia ITC Veljovick Book. El tamaño del libro es de 22.5 cm de alto por 16 cm de ancho. Programa Editorial No Periódico: Eréndira Cortés Ventura. Gestión administrativa: Inés Sandoval Venegas. Diseño de portada: Guillermo Campanur Galván. Diseño de interiores y cuidado de la edición: Myriam Cruz Calvario.

Retos del Pluralismo Jurídico ante la realidad del Derecho, reflexiona y presenta al pluralismo como una posibilidad en la que varios ámbitos jurídicos coexisten superpuestos, interconectados e interrelacionados, y en el que, derechos humanos como el acceso a la justicia, la participación democrática o bien los económicos, sociales, culturales y ambientales, se desenvuelven en un contexto de globalidad y multiculturalidad, negando la exclusividad estatal a un solo régimen jurídico en la generación de sus normas.

De ahí que, en esta obra el pluralismo jurídico es entendido como uno de los conceptos clave en la visión posmoderna del derecho y en el que, las y los autores analizan distintos modelos jurídicos desde un abordaje técnico, científico o filosófico que se conciben como una constelación de valores, creencias y costumbres que comparten los miembros de una comunidad dada.

Enoc Francisco Morán Torres

Mexicano. Doctor en Derecho por la Universidad de Colima. Es profesor-investigador de tiempo completo de la Facultad de Derecho en la Universidad de Colima, miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (nivel I), coordinador general de la Red Iberoamericana de Investigación en Derecho y Disciplinas Sociales. Líneas de investigación: democracia y derechos humanos.

Jessica Cristina Romero Michel

Mexicana. Profesora-investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima. Es integrante del núcleo académico de los doctorados interinstitucionales en Derecho y en Economía Social y Solidaria, ambos programas de las Universidades Públicas de la ANUIES región centro-occidente; así como del doctorado interinstitucional en Derechos Humanos por la Universidad de Guanajuato y la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (nivel I). Es autora de artículos de investigación jurídica en revistas nacionales e internacionales y de más de 30 obras colectivas en temas sobre la tutela sobre los derechos humanos desde la perspectiva del derecho de la regulación económica, constitucionalismo económico, derecho humano al desarrollo y su recepción en el ámbito jurídico interno, entre otras.

ISBN: 978-607-8984-26-8

ISBN: 978-84-1071-830-2

UNIVERSIDAD DE COLIMA

tirant lo blanch