

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS. APUNTES DE CLASES

TEXTO BASE

CURSO OPTATIVO

**“DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS”**

SEGUNDO SEMESTRE 2019

Claudio Nash Rojas

El propósito de este trabajo es entregar a los alumnos y alumnas del Curso Optativo “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” del primer semestre del año 2019, un cuadro general sobre el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Este documento es una guía para preparar las clases y en ningún caso sustituye la asistencia a las mismas, ni el estudio de las “lecturas obligatorias” asignadas en cada unidad programática.

En la elaboración de este Manual han colaborado activamente los ayudantes de la cátedra, coordinados por Fernando Feliú.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y LOS DDHH. 6

1. ANTECEDENTES REMOTOS.....	7
2. LA HISTORIA RECIENTE DE LA CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	11
3. PROPÓSITOS DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL	14
4. LA ESPECIAL NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU IMPACTO EN LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	15

II. LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL 18

1. Categorías de derechos.....	18
2. NORMAS COMUNES.....	23
3. MECANISMOS DE CONTROL INTERNACIONAL: ÓRGANOS Y PROCEDIMIENTOS.....	77

III. RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL 115

1. LA JUSTIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA	115
2. CORTE PENAL INTERNACIONAL	119
3. CRÍMENES INTERNACIONALES	119

IV. EL IMPACTO DEL SISTEMA INTERNACIONAL EN LOS SISTEMAS NACIONALES, EN PARTICULAR LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA 126

V. ¿CÓMO ENFRENTAR UN CASO DE DERECHOS HUMANOS?132

1. PAUTA DE ANÁLISIS GENERAL.....	132
2. PAUTA DE ANÁLISIS DE CASOS: SUJETOS ESPECIALES DE PROTECCIÓN	138

Si bien el sistema normativo relativo a la protección internacional de los derechos humanos es de reciente data, ha tenido un vertiginoso desarrollo que hace necesaria su sistematización a objeto de ir formulando una teoría sobre el derecho internacional de los derechos humanos que permita su estudio en profundidad. Este documento pretende ser un aporte en la clarificación sobre los principales aspectos de lo que hoy se conoce como Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en un sentido amplio, abarcando materias relativas a la responsabilidad del Estado e individual en este campo.

Además, el estudio del sistema internacional de derechos humanos requiere de un esfuerzo clarificador, toda vez que su impacto en el ámbito nacional es cada vez mayor. Es una cuestión comúnmente aceptada que los derechos humanos cumplen un rol de validación de la actividad estatal. Lo interesante del proceso iniciado a mediados del siglo XX es que la fuente de estos derechos se ha ido complejizando y ya no se limita al ámbito interno, sino que también comprende el internacional. De allí que cada vez se hace más necesario estudiar adecuadamente el alcance de la vertiente internacional de esta protección, única forma de dimensionar el impacto que el desarrollo de este sistema tiene en el campo nacional. En esta línea, el apartado final de este estudio se centra, precisamente, en el impacto del sistema internacional en el ámbito nacional, poniendo énfasis en los alcances de este proceso en nuestra región.

El estudio estará dividido en cuatro partes: la primera (I), relativa a la relación entre el derecho internacional público y los derechos humanos. La segunda (II), el núcleo del trabajo, estará dedicada a explicar las normas comunes y los mecanismos relativos a la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos. La tercera parte (III) analiza algunos aspectos generales relativos a la responsabilidad individual por violaciones de derechos humanos. El apartado (IV), consistirá en una reflexión sobre el impacto del sistema internacional de derechos humanos en el ámbito nacional y sus proyecciones en Latinoamérica. Finalmente, la parte (V) estará destinada a analizar los principales elementos que guían el estudio de casos en materia de derechos humanos.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y LOS DDHH.

1. ANTECEDENTES REMOTOS

Si bien el desarrollo de un sistema normativo internacional en materia de derechos humanos es una cuestión reciente en el derecho internacional público (se habla del DIDH a partir del término de la segunda guerra mundial), no debe pensarse que esta ha sido una preocupación extraña a esta rama del Derecho. No hay dudas que la preocupación sobre los derechos individuales ha estado presente en el derecho internacional desde sus orígenes. A continuación repasaré algunos hitos de esta relación entre el desarrollo del derecho internacional y los derechos individuales.

El derecho común o *ius commune* había sido parte de las bases del sistema político y jurídico de Europa occidental desde el S. XIII. A partir del siglo XVI, con la nueva realidad política en el continente europeo caracterizada por el surgimiento de los Estados nacionales que amenazan a la unidad política imperial; la crisis religiosa que ataca directamente a la unidad espiritual sustentada sobre la base de la autoridad de la Iglesia católica; y, la crítica del humanismo jurídico a la bases del derecho común, se configura una idea de cambio en los fundamentos que habían sustentado el pensamiento Europeo durante los últimos siglos.

En medio de un mundo que cambia sus fronteras y sus horizontes, surge la necesidad de resolver aquellos problemas planteados con el conflicto de intereses entre sujetos que no se sienten regidos por un mismo Derecho. Hasta ese momento, en Europa occidental, había un Derecho que era aceptado por todos y en torno al cual se buscaban las respuestas (derecho común). En la época de los descubrimientos, esa certeza construida sobre la base de un derecho universal deja de estar presente¹. Por tanto, se pone en duda al Derecho común como una fuente legítima de donde obtener las respuestas que permitan resolver conflictos de la época. Por otra parte, en Europa, se producen cuestionamientos, ya no sobre la validez universal derecho común, sino sobre la justicia de sus soluciones².

En este contexto surge una nueva corriente de pensamiento jurídico que renueva las bases doctrinarias y filosóficas del derecho: la escuela del iusnaturalismo católico.

La escuela clásica del jusnaturalismo católico o también conocida como la “segunda escolástica”³, se desarrolla en España, particularmente en la Universidad de Salamanca. Es una corriente de pensamiento básicamente teológica, aunque

¹ García-Gallo, 1982: 156-158.

² García-Gallo, 1982: 159.

³ Bellomo, 1996: 244.

participa activamente en los nuevos temas propios de la apertura del mundo de aquella época (s. XVI), que sustenta su búsqueda en la naturaleza. Para esta corriente el derecho terrenal tiene inspiración divina, pero debemos captar e interpretar sus señales en la naturaleza⁴ y el medio para captar esas premisas universales es la razón común⁵.

La escuela clásica del iusnaturalismo católico delimita el campo que abarca el Derecho Natural separado del Derecho de Gentes. Al Derecho Natural pertenecen los principios más evidentes (aquellos que no necesitan demostración alguna), así como también algunas conclusiones que se derivan con absoluta necesidad (“conclusiones necesarias”); al *derecho de gentes* pertenecen las “conclusiones que se derivan de esos principios sin absoluta necesidad, las conclusiones que no son estrictamente necesarias o cuya necesidad no es conocida con evidencia”⁶. De esta forma, la delimitación del Derecho Natural se obtiene a través de un proceso de derivación lógica, tesis que se diferencia de los postulados de Santo Tomás de Aquino.

En ese contexto surgen las primeras nociones de lo que luego se conocerá como **derecho internacional o derecho de gentes**⁷. La necesidad de la época es resolver los conflictos presentados por aquellos que están fuera del alcance de influencia del derecho común. Los temas son planteados respecto de las nuevas tierras descubiertas y se relacionan con la legitimidad de la ocupación y el trato de las personas habitantes de estos territorios.

Más adelante, en el pensamiento iusnaturalista racionalista se produce la distinción entre Derecho y Moral (s. XVII-XVIII). Dentro de estas categorías el derecho internacional queda catalogado dentro de las normas morales y por tanto, sin eficacia práctica. Autores como Pufendorf, Tomasio y Wolf, ponen al derecho internacional entre las normas morales, sin fuerza vinculante para los Estados. Una excepción a estos planteamientos es el pensamiento de Gentile y Grocio. Ambos sostienen una tesis ecléctica. GENTILE establece criterios que combinan reglas jurídicas entre Estados constituidas por costumbres y reglas⁸. GROCIO también sostiene una unión ecléctica, donde concurren elementos jurídicos y morales (*De iure belli ac pacis*), sin mayores distinciones al momento de analizar diversas

⁴ Bellomo, 1996: 245.

⁵ Villey, 1975: 362.

⁶ Villey, 1975: 104.

⁷ Mariño, 2005: 45-65.

⁸ Ruiz Miguel, 2002: 253

instituciones del derecho internacional⁹. Pero la tendencia en el modelo iusracionalista fue la distinción estricta entre derecho y moral.

VATTEL (s. XVIII) marca el desarrollo del pensamiento sobre el derecho internacional con consecuencias hasta el día de hoy en el debate sobre la justificación de la obligatoriedad de éste. Su tesis puede ser calificada como ecléctica en cuanto sostiene que los derechos positivos, originados en la soberanía de los Estados, estaban sometidos a reglas que aplican las normas del Derecho Natural fundada en la “justa razón”. En el pensamiento de VATTEL los Estados constituirían una *société de nations*, sometidas al derecho natural, pero a la vez, relacionados con las reglas practicadas y convenidas por los Estados de su tiempo¹⁰. Es posible sostener que esta visión ecléctica del derecho internacional está en la base de la construcción del actual derecho internacional de los derechos humanos.

A fines del período de la Ilustración se produce otro de los hitos en el desarrollo del pensamiento internacionalista, las ideas de KANT. Su tesis sobre un cosmopolitismo universal ha tenido gran influencia en el desarrollo de un derecho internacional vinculado con los derechos humanos. A diferencia de la tesis de HOBBS que ve al sistema internacional como una situación de estado de naturaleza regida por la fuerza, KANT plantea la relación internacional como una “sociedad de naciones” que podría alcanzar lo que denomina una “paz perpetua” y no sólo un estado de paz entre-guerras.

Para KANT la forma de superar el estado de guerra en que se encuentran las naciones no es aspirar hacia un Estado único o un Estado mundial centralizado que constituya una *asociación* universal de *Estados*, análoga a la asociación de individuos que constituyen un Estado¹¹. Su idea es una “Sociedad de Naciones”, esto es, una suerte de Confederación de Estados libres que puede ser disuelta en cualquier momento¹². La aspiración final de esta “sociedad de naciones”, cual sería la “paz perpetua”, sólo se conseguiría cuando los Estados sometieran sus actuaciones a un derecho internacional “fundado en leyes públicas con el respaldo de un poder, las leyes a las cuales todo Estado tendría que someterse”¹³. Un elemento del pensamiento kantiano que tiene influencia en el desarrollo del derecho internacional, es su tesis de que este proceso sólo sería posible entre Estados “republicanos”, entendiendo por tales, aquellos que poseen una forma de gobierno

⁹ Ruiz Miguel, 2002: 253-255.

¹⁰ Ruiz Miguel, 2002: 259-261.

¹¹ Ruiz Miguel, 2002: 262.

¹² Ruiz Miguel, 2002: 263.

¹³ Ruiz Miguel, 2002: 263.

no despótica, esto es, que garantizara derechos individuales a la libertad (sin que fuese necesario estar ante un gobierno de tipo representativo).

Los planteamientos de KANT están claramente expresados en el ideal contemporáneo de un “orden público internacional” basado en derechos humanos. La idea de un orden internacional basado en la soberanía de los Estados que confluyen en una organización supranacional (actual Organización de Naciones Unidas), regida por el derecho internacional público y con base en Estados legitimados por el respeto de los derechos individuales, respetando diversas formas de gobierno, ha sido la base del esfuerzo de construcción por parte de la comunidad internacional que ha servido de sustento para desarrollar el derecho internacional de los derechos humanos.

En síntesis, estos antecedentes permiten sostener que hay una relación entre el derecho internacional público y los derechos individuales desde los orígenes del pensamiento internacionalista. Las ideas centrales sobre la explicación del derecho internacional como un sistema en el que confluyen elementos positivos y principios éticos, así como la construcción de un orden internacional fundado en Estados respetuosos de los derechos individuales y vinculados por un orden internacional regido por el derecho, son precisamente las bases sobre las que descansa la construcción del sistema normativo internacional de derechos humanos.

2. LA HISTORIA RECIENTE DE LA CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La configuración del derecho internacional de los derechos humanos es una respuesta ante el fracaso de los sistemas tradicionales de protección de los individuos, tanto a través de los mecanismos desarrollados en el ámbito nacional, como aquellos establecidos por el derecho internacional público en la primera mitad del siglo XX. De ahí que sea necesario situar adecuadamente el contexto a partir del cual comienza a desarrollarse el sistema internacional y, en particular, el proceso de codificación internacional de los derechos humanos.

2.1. El fracaso de los mecanismos de protección nacional e internacional de los derechos individuales

El desarrollo de un constitucionalismo fuerte en Europa¹⁴ y desde ahí exportado al mundo tiene su origen en el reconocimiento del fracaso de los sistemas de protección de los individuos en el ámbito interno. El constitucionalismo europeo de la posguerra reconoce que el sistema constitucional desarrollado desde el siglo XVII en adelante, sobre la base de la soberanía estatal sin frenos adecuados, no pudo impedir la tragedia de la segunda Guerra y, en particular, los hechos que la desencadenaron. Los sistemas nacionales no fueron capaces de limitar la actividad del Estado y por tanto, permitieron violaciones masivas de los derechos individuales. Sobre esta premisa se desarrolló una nueva y revitalizada visión de los límites institucionales al poder estatal.

Frente a este análisis de la realidad se desarrollan dos procesos: por una parte, el fortalecimiento de los derechos en el ámbito interno, para lo cual se construye un constitucionalismo fuerte en materia de derechos y un desarrollo conceptual y jurisprudencial en materia de derechos fundamentales¹⁵, el que será objeto de estudio en los apartados siguientes de este texto. Por la otra, el desarrollo de un sistema de protección internacional de los derechos humanos. Este último proceso será el objeto de nuestra atención a continuación.

2.2. El gran cambio para el derecho internacional: la experiencia de las guerras mundiales

Desde sus orígenes el derecho internacional había desarrollado ciertos medios de protección de los individuos. Estos medios de protección tradicionalmente decían relación con la intervención del Estado en la protección de los ciudadanos. Los principales ejemplos vigentes en esa época son: protección diplomática, que en

¹⁴ Sobre los alcances de este proceso ver Carbonell, 2003.

¹⁵ Favoreu, 1998; Peces-Barba, 1999; Alexy, 2002.

palabras de Buergenthal, fue “un primer signo de la intervención de terceros Estados en la relaciones entre un gobernante y sus gobernados (...) que constituía una extensión de la soberanía nacional”; la abolición de la esclavitud que se enmarca entre los “esfuerzos destinados a resolver un problema de derechos humanos, es decir, de derechos pertenecientes a todos los individuos por el solo hecho de existir”; la protección de minorías cuyo “objetivo (...) fue el de asegurar para estas minorías un trato justo e igualitario y el respeto de su lengua, religión y costumbres”; y la intervención humanitaria, entendiendo por tal la “intervención armada en el territorio de un Estado con el fin de proteger la vida de extranjeros o nacionales que habitan ese territorio”¹⁶.

Un primer paso en el sistema internacional para mejorar la protección internacional se produce una vez terminada la I guerra mundial. Fundamentalmente, se promueve una actividad importante en el ámbito internacional para hacerse cargo de al menos las siguientes cuestiones: desarrollar un sistema de protección de minorías; desarrollar un sistema internacional de protección trabajadores (destaca en este campo la creación de la Organización Internacional del Trabajo); y profundizar el sistema internacional de protección de las personas refugiadas¹⁷.

Frente a los horrores de que fue testigo la humanidad durante la II Guerra Mundial, surgió la necesidad de establecer un **orden público internacional** por encima de los Estados que previniera la repetición de este tipo de situaciones en el futuro: se crearon organizaciones internacionales en el plano político (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa); en lo económico se diseñó un sistema internacional (Fondo Monetario internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo), en lo militar surgieron pactos internacionales (OTAN, Pacto de Varsovia); en el campo del derecho humanitario se desarrollaron nuevos instrumentos internacionales (Convenciones de Ginebra de 1949) y en materia de refugiados se comenzó a desarrollar instituciones y documentos internacionales (Alto Comisionado para los Refugiados y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados).

El **Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)** propiamente tal comenzó a desarrollarse como parte de este esfuerzo por establecer un nuevo orden internacional. La comunidad internacional asumió la tarea de crear un sistema que protegiera a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes; parecía claro que no era posible dejar entregado a la “soberanía” de cada Estado el destino de los individuos.

¹⁶ Un interesante estudio a estos acercamientos de la protección internacional, en Buergenthal, 1998: 31-47.

¹⁷ Buergenthal, 1990: 12-14.

El proceso de internacionalización de la protección de los derechos fundamentales de la persona humana se tradujo en la consagración de catálogos de derechos humanos y mecanismos de promoción y protección internacionales de los derechos incluidos en los catálogos. La idea detrás de este proyecto fue evitar las situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos de que había sido testigo la humanidad durante la Guerra, a través de un sistema que denunciara estos hechos cuando aún constituían situaciones esporádicas, impidiendo que estas se transformaran en situaciones de violaciones masivas y sistemáticas, esto es, un énfasis fundamentalmente preventivo¹⁸.

Este propósito general de construir un sistema de control internacional de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos se refleja en forma muy clara en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 28 señala:

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

Para entender este desarrollo no podemos dejar de considerar que todo este proceso está marcado por el contexto político del mundo de la posguerra. La Guerra Fría y su consecuente división del mundo en bloques antagónicos impidieron un desarrollo fluido de la idea del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la situación política mundial estaba marcada por la división bipolar, y también por un mundo desigual en que había países desarrollados, como Estados Unidos; países que querían volver al desarrollo pleno después de la devastación provocada por la guerra, como muchos países europeos; países que vivían en el subdesarrollo, como los países latinoamericanos; y países que lentamente empezaban su vida independiente, como las ex-colonias africanas. Estos hechos políticos impidieron por muchos años lograr los propósitos plasmados en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas¹⁹.

Sin embargo, el surgimiento de un movimiento internacional en pro de los derechos humanos y la presión ejercida por la ciudadanía permitieron dar pasos importantes, tanto a nivel universal como regional, que reseñaremos en este estudio.

¹⁸ Medina y Nash, 2003: 18.

¹⁹ Esta reafirmaba "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas", ver Carta de las Naciones Unidas adoptada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945.

3. PROPÓSITOS DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

El principio básico que ha inspirado el sistema de codificación del DIDH desde sus orígenes y sobre el que se ha construido el sistema internacional en materia de derechos humanos, es la garantía de la dignidad del ser humano a través de ciertos derechos mínimos que le son reconocidos a los individuos en su sola condición de seres humanos. De esta forma, la idea original de los derechos individuales se fortalece y pasa a constituir una categoría especial de derechos subjetivos, con protección no sólo nacional, sino que internacional.

Los sistemas de protección internacional de los derechos humanos han seguido dos vías: la responsabilidad del Estado y la responsabilidad individual. El primero de estos caminos ha desarrollado el derecho internacional de los derechos humanos y el segundo, el derecho penal internacional.

Estos dos sistemas normativos de derechos humanos tienen ciertos elementos comunes en cuanto a sus propósitos. El principal punto en común es que los dos sistemas tienen como objetivo final dar **efectividad** a la protección de los derechos humanos. En efecto, cada paso que se ha dado en este campo ha buscado garantizar a las personas un pleno goce y ejercicio de sus derechos individuales. Así, los catálogos y los mecanismos de control aplicables frente a la responsabilidad internacional del Estado se han estructurado dando respuesta a las realidades de violaciones de derechos humanos y, por tanto, son expresión de una mirada a la realidad desde la cual se construye el sistema. Por su parte, el sistema de responsabilidad individual se ha configurado -en buena parte- como una forma de responder frente a graves ilícitos que afectan a la humanidad en su conjunto, respecto de ciertos derechos humanos protegidos por el sistema internacional, utilizando como mecanismo para dicho fin la persecución de responsabilidades penales individuales.

En segundo lugar, el establecimiento de un sistema internacional de derechos humanos busca la **prevención** de violaciones de derechos humanos. En efecto, el sistema internacional es consciente de sus limitaciones y por tanto, no tiene pretensiones de transformarse en un sistema que reemplace a las instancias nacionales, ni un sistema que pueda resolver todos los casos de violaciones de derechos humanos. Esta lógica preventiva es esencial tanto en el DIDH como en el Derecho Penal Internacional.

4. LA ESPECIAL NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU IMPACTO EN LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El desarrollo del DIDH ha marcado ciertas diferencias con el derecho internacional público tradicional. Estas diferencias tienen especial relevancia en el tema de las fuentes, en particular, en el derecho de los tratados. En Derecho Internacional, los tratados o convenciones tienen por finalidad establecer derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, siendo estas normalmente dos Estados u ocasionalmente un Estado y una organización internacional. En materia de derechos humanos, por el contrario, aunque los tratados se celebran entre Estados, no emergen de ellos sólo obligaciones y derechos entre los Estados; éstas y éstos, en realidad, ni siquiera son su objetivo principal. De ellos surgen principalmente derechos para los individuos y obligaciones para los Estados, porque su objetivo es la protección de los derechos de las personas frente al Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte”) ha destacado este carácter especial de los tratados sobre derechos humanos:

“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción ...”²⁰.

En un fallo reciente la Corte ha señalado que esta especialidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “Convención Americana”) estaría dada porque ésta, al igual que los demás tratados sobre la materia

“se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), OC-2/82, párr. 29.

demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes”²¹.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia al señalar:

“En tal Convención [Genocidio], los Estados contratantes no tienen intereses propios. Tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes.

“La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones”²².

En definitiva, en el campo del Derecho Internacional contemporáneo se ha reconocido la particular naturaleza de los tratados de derechos humanos. Este cambio en la percepción de los tratados de derechos humanos trae importantes consecuencias: el incumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos de un Estado, no da a los otros Estados Partes del tratado derecho para denunciarlo o terminarlo²³, puesto que las obligaciones se establecen en beneficio de las personas y no de los Estados. En virtud de lo anterior, las reservas a las obligaciones convencionales se encuentran limitadas y restringidas²⁴. Así, las actuaciones de los Estados quedan sujetas a un control internacional, cual es, el de los órganos creados por los propios instrumentos internacionales, sin perjuicio de eventualmente sujetarse al control de la Corte Internacional de Justicia.

²¹ Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"* (2005), párr. 104. (en línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf. (Consulta: 07 Enero 2010)

²² Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Réserves à la Convention sur le Génocide* (1951), p. 23. Citado en T. Buergenthal, et al., 1991: 172.

²³ Art. 60.5 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²⁴ Corte IDH. OC-2/82, párr. 26.

PREGUNTAS

- **¿Antecedentes sobre los que descansa la Tradición de los Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Internacional?**
- **A su modo de ver ¿Cómo se materializa hoy en día el pensamiento Kantiano respecto a la relación entre “Estados Republicanos” y “Despóticos”?**
- **¿Qué puntos de convergencia y divergencia se ven entre Vattel y Kant, respecto de la idea de una sociedad de naciones?**
- **En materias de Derechos Humanos, ¿puede decirse con certeza que los Estados renuncian a parte de su soberanía?**

II. LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

Los sistemas de protección internacional, en tanto sistemas jurídicos, contemplan tres elementos: normativo, orgánico y procedimental. En cuanto a lo **normativo**, los instrumentos internacionales han reconocido los valores involucrados (normalmente en el preámbulo); las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos; los derechos y libertades garantizados; criterios normativos para las restricciones de derechos y resolución de conflictos en caso de choque de derechos; normas relativas a la responsabilidad internacional del Estado; y, ciertos parámetros sobre interpretación. Los instrumentos crean **órganos** para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán. En relación con los **procedimientos**, se han diseñado diversos sistemas de protección, dentro de los cuales, destacan, por ser los más usados, los informes (ya sea de países o temáticos), observaciones generales (a través de las cuales los órganos entregan una guía a los Estados para interpretar las obligaciones del tratado) y procedimientos para el conocimiento de casos individuales. Los órganos y procedimientos constituyen la base de los **mecanismos** de protección internacional.

Esta trilogía -normas/órganos/procedimientos- permite analizar los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. Este conjunto de elementos, podemos considerarlos como la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos o Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1. Categorías de derechos

A continuación, se desarrollará la distinción entre las categorías de derechos humanos consagradas internacionalmente. Tradicionalmente la dogmática de los derechos humanos se ha referido a "*generaciones de derechos*"²⁵, aludiendo con esto a la diferenciación entre los **derechos civiles y políticos** (o derechos de primera generación), **derechos económicos, sociales y culturales** (o derechos de segunda generación) y los **derechos colectivos** (o derechos de tercera generación). Los primeros, tienen por objeto la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona. Los segundos en cambio, se basan principalmente en el valor de igualdad, refiriéndose a la existencia de condiciones

²⁵ El concepto, es creación del jurista checo Karel Vasak, en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Francia, en 1977.

de vida y acceso bienes materiales y culturales, mientras que los terceros son derechos cuyo titular es un ente colectivo, como la humanidad entera o los pueblos (derecho a la paz, derecho a la autodeterminación de los pueblos).

La mirada tradicional ha basado la clasificación en la idea de que la obligación que tiene el Estado respecto de estos grupos de derechos es distinta²⁶. Es así como en los derechos civiles y políticos la obligación estatal se basaría en la abstención (se trata de derechos inmediatamente exigibles, cuyo respeto representa para el Estado una obligación de resultado, susceptible de control jurisdiccional, siendo una *obligación de no hacer*), mientras que la obligación del Estado en los derechos económicos, sociales y culturales, sería prestacional (*obligación de hacer*), donde su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción y por tanto representa una obligación de medios.

De esta forma, podemos resumir la **diferenciación tradicional** de acuerdo al siguiente esquema de análisis²⁷:

	Derechos civiles y políticos	Derechos económicos, sociales y culturales
Titular del derecho	Individuo	Individuo
Obligado por el derecho	Estado	Estado
Contenido y alcance del derecho	Abstención	Prestación
Forma de ejercicio	Individual/Colectivo	Individual/Colectivo
Exigibilidad	Obligación de resultado (inmediatamente exigible)	Obligación de medio (en la medida de lo posible)

Sin embargo, esta diferenciación ha sido sometida a diversas críticas principalmente porque en ambas categorías de derechos encontramos obligaciones de abstención y prestación²⁸. Por ejemplo, en los derechos civiles y políticos se puede pensar lo que implica tener un sistema judicial que garantice el debido proceso o un sistema electoral que permita elecciones libres e informadas. De esta forma, los derechos civiles y políticos efectivamente contemplan un **complejo de obligaciones de hacer y no hacer**.

²⁶ La distinción tradicional, se puede ver en P. Nikken, *El concepto de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004.

²⁷ Los derechos colectivos, se tratarán separadamente, por sus particularidades que dificultan su inserción en la tabla.

²⁸ La crítica, se puede encontrar en: V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2004.

En este mismo sentido, los derechos económicos, sociales y culturales, también implican deberes de abstención, como por ejemplo, el no dañar la salud o el no impedir el acceso a la educación. De esta forma, se sostiene que las diferencias entre derechos civiles y políticos son **diferencias de grado, más que diferencias sustanciales**, es decir, en una categoría de derechos la cara visible será la abstención o prestación, lo cual no implica que no existan otro tipo de deberes.

1.1. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Otra problemática sobreviniente es la **exigibilidad** de los derechos económicos, sociales y culturales. La exigibilidad, tiene que ver con la posibilidad de solicitar judicialmente al Estado la prestación que implica el derecho consagrado. Es así como hay quienes sostienen que la exigibilidad dependerá de los recursos que dispone el Estado, pero también se han explorado otras alternativas.

Una de ellas es la **prohibición de discriminación**²⁹, es decir, la prestación proporcionada por el Estado no puede ser entregada de manera discriminatoria. Una segunda posibilidad está dada por la estrategia de reconducir la problemática a través de los **derechos civiles y políticos**³⁰, es decir, utilizar uno de estos derechos para fundamentar la pretensión (casos donde el derecho a la salud o a la vivienda, se conducen a través del derecho a la vida, por ejemplo). Finalmente, debe cumplirse la obligación de **progresividad y prohibición de regresividad**. En este sentido, el Estado, debe tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento progresivo a los derechos humanos y evitar la regresividad, y si se adopta una medida regresiva, ésta debe justificarse adecuadamente³¹.

1.2. Los derechos colectivos

Cuando nos referimos a derechos colectivos, hablamos principalmente de derechos que tienen por **titular** a una colectividad, es decir a un conjunto de personas. La discusión dogmática se ha basado principalmente en si estos pueden ser considerados derechos humanos. Los derechos que integran el sistema

²⁹ Un ejemplo de esta estrategia, lo podemos encontrar en el “Caso Agüero Hernández Ligia contra directora del Centro Educativo Nuestra Señora de Desamparados”, sentencia de 20 de junio de 2003. Citado en: Espejo, N. *Manual sobre la justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica*. Red Iberoamericana de Jueces, Oxfam Chile, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Santiago, 2009.

³⁰ A modo de ejemplo, podemos citar a la Corte Suprema de Costa Rica, donde se resuelve un caso de derecho a la salud (Caso de enfermos de VIH que solicitan atención médica), a través del derecho a la salud. Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia N°6096.1997.

³¹ Los criterios de progresividad y prohibición de regresividad, han sido enunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Acevedo Buendía y otros con Perú (2009) párr.102-103. Online: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_210_esp1.pdf

internacional han sido consagrados bajo una línea de pensamiento individual, lo que implica el hecho de que los derechos colectivos han sido excluidos del catálogo de derechos humanos³².

La visibilidad de esta discusión en la dogmática se ha generado a partir de la **problemática indígena**, donde las exigencias de estos grupos se basan principalmente en un ejercicio y titularidad colectiva de derechos en virtud de su calidad de “pueblos”.

1.3. El mito de las generaciones

A modo de conclusión, podemos señalar que la denominación “generaciones” de derechos humanos, puede ser objeto de crítica, porque:

- No existe una línea exacta de diferenciación entre los derechos analizados.
- El concepto, denota la existencia de una jerarquía de derechos, que carece de fundamento alguno, dado que no existen argumentos para considerar superior un derecho frente a otro.
- Su crítica ha dado pie a la relativización de las obligaciones de los Estados.

³² Un desarrollo de esta discusión, se puede encontrar en: R. Stavenhagen. Los derechos indígenas, algunos problemas conceptuales. En: Revista IIDH, vol 15. San José, 1992, p.123-143. Asimismo, encontramos diversas sentencias de la CIDH en que se otorgan reparaciones a las comunidades indígenas, en virtud de su titularidad de derechos colectivos o en relación a elementos culturales, Ver: Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sentencia de 31 de agosto de 2001, Caso Bámaca Velásquez - reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 22 de febrero de 2002, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

Caso Virginia Marcell contra Hospital San Juan de Dios³³

- Virginia Marcell, es una mujer chilena y pensionada de 57 años. El año 2009 le diagnosticaron cáncer renal con metástasis.
- El tratamiento indicado por el comité oncológico del Hospital San Juan de Dios, para esta enfermedad, consiste en ocho dosis de 50 mg de un medicamento llamado "Sutent". El costo de este medicamento, asciende a los \$3.900.000 de pesos mensuales. Virginia Marcell, recibe una renta mensual de \$140.000 pesos, por lo que no puede acceder a este medicamento de forma particular.
- La droga, podría extender la vida de la paciente hasta por cinco años, pero si no la consume, el plazo se reduce sólo a algunos meses. Actualmente, recibe por parte del Hospital, sólo un tratamiento paliativo del dolor (Paracetamol y Tramal).
- La señora Marcell acude al Hospital San Juan de Dios para requerir el medicamento. El Servicio de Salud Metropolitano, en virtud de lo resuelto por el Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud, se niega a proporcionarle el medicamento bajo el argumento de que deben optimizar recursos y otorgar el tratamiento a personas con mejores posibilidades de sobrevivencia, ya que su enfermedad es una condición progresiva e incurable.
- Virginia Marcell el 17 de julio de 2009 decide interponer un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Constitución Política de la República

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- ¿Qué derecho/s se ven afectados en este caso?
- ¿Podría la Corte de Apelaciones chilena, acoger la pretensión de la recurrente a través del derecho a la salud?
- ¿Qué estrategias de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales podríamos usar en este caso?

³³ Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso de Protección de Virginia Marcell contra Hospital San Juan de Dios de fecha 10 de noviembre 2009, rol N°8826.

2. NORMAS COMUNES

El análisis de las normas comunes de derechos humanos consagradas en el ámbito internacional lo realizaré siguiendo el siguiente esquema:

- Obligaciones generales
- Catálogo de derechos
- Límites legítimos
- La interpretación de los tratados de derechos humanos
- Responsabilidad internacional del Estado
- La obligación de reparar a la víctima

2.1. Las obligaciones generales

Como es propio del derecho internacional, los Estado **deben cumplir con sus compromisos de buena fe**. Este deber de cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos adquiere ciertas características particulares toda vez que **el objeto de las obligaciones internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales**. De ahí que la obligación de cumplimiento adquiera especial relevancia en materia de derechos humanos, tal como lo expresan los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina en este campo³⁴.

La obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se manifiesta a través de dos obligaciones principales: **respeto y garantía** de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera sea el tipo de documento en el que se consagre; en conjunto con el principio de **igualdad y no discriminación**³⁵.

(a) La obligación de **RESPECTO** consiste en **cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación**. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del **mandato normativo** del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las **acciones de cumplimiento**, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) y/o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad.

³⁴ Completos estudios en este campo se pueden encontrar en Nowak, 2003; Abramovich y Courtis, 2004.

³⁵ En este sentido no estoy pensando en una división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales como categorías separadas por sus obligaciones, sino que determinando las obligaciones que son comunes a todos los derechos consagrados internacionalmente.

Para el cumplimiento de las obligaciones con un fuerte **contenido prestacional**, es necesario que el Estado adopte medidas efectivas para su realización, lo que implica en ciertos casos la adopción de políticas públicas³⁶. Es posible que estas medidas de realización del mandato normativo impliquen la adopción de políticas públicas de largo plazo que tiendan a satisfacer plenamente el derecho³⁷. En estos casos, las medidas que adopte el Estado deben cumplir ciertos requisitos mínimos: **deben tender progresivamente a la plena realización del derecho y, en ningún caso, se podrán adoptar medidas de carácter regresivo**³⁸.

De este modo, respecto de obligaciones que importan una fuerte carga prestacional es justificable que el Estado no esté obligado a cumplir plenamente con el mandato normativo, **pero debe existir un desarrollo progresivo**³⁹. Que el proceso sea progresivo no quiere decir en ningún caso que éste quede a la discrecionalidad de la autoridad⁴⁰. Por una parte, se contempla la prohibición de tomar medidas que

³⁶ En este sentido, derechos que no son considerados tradicionalmente como derechos prestacionales implican un fuerte componente prestacional. Se puede pensar a modo de ejemplo lo que implica tener un sistema judicial que garantice un debido proceso o un sistema electoral que permita la participación democrática mediante elecciones libres e informadas.

³⁷ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado al respecto: "La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de "adoptar medidas", compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es "to take steps", en francés es "s'engage à agir" ("actuar") y en español es "adoptar medidas". Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto" (CDesc, *Observación General N° 3*).

³⁸ Ver en este sentido Abramovich y Courtis, 2004.

³⁹ En esta lógica se puede entender la referencia de los instrumentos sobre derechos económicos, sociales y culturales al cumplimiento de los compromisos "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Es decir, esta es una forma de cumplimiento, no una excepción que permita incumplir con la obligación prestacional.

⁴⁰ "La principal obligación en lo que atañe a resultados 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", (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CDesc, *Observación General N° 3*, párr. 9).

perjudiquen los derechos que han ido siendo concedidos a la población. Por otra parte, la progresividad también comprende la **obligación de justificar la imposibilidad de cumplimiento y asegurar el proceso de consecución del fin propuesto**. En efecto, lo que está en juego en estos casos es, precisamente, un derecho subjetivo, por tanto, si no es posible cumplir con tal derecho será necesario satisfacer un cierto **test mínimo de razonabilidad**⁴¹:

- ¿Qué medidas está tomando el Estado para cumplir con la obligación adquirida internacionalmente?
- ¿Las medidas adoptadas son las adecuadas para la obtención del fin perseguido?
- ¿Se han establecido etapas en un plan estatal para alcanzar el fin buscado?
- ¿Cuál es el mecanismo de control de las metas planteadas? ¿se han diseñado e implementado mecanismos políticos y/o judiciales de control?

De esta forma, la obligación de respeto en los **casos de derechos prestacionales podrá ser objeto de control, tanto nacional como internacional**⁴². Además, en todo evento, el sistema de control deberá prestar especial atención al hecho de que las medidas de progresividad no sean aplicadas en forma discriminatoria.

(b) La obligación de **GARANTIA**⁴³, por su parte, se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el **Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, cualquiera sea su contenido normativo**. Esta es una obligación complementaria a la de respetar, ya que no sólo implica el cumplimiento estricto del mandato normativo que establece cada derecho, sino que una **obligación positiva** de crear

⁴¹ “Sin embargo, cualquiera que sea la metodología preferida, varios principios se derivan del deber de dar efectividad al Pacto, por lo que han de respetarse. En primer lugar, los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad (véase párrafo 10 *infra*). En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta qué medios han resultado más eficaces en el país de que se trate para garantizar la protección de otros derechos humanos. Si los medios utilizados para dar efectividad al Pacto difieren significativamente de los utilizados para dar efectividad a otros tratados sobre derechos humanos, debe haber una razón imperiosa para ello, teniendo en cuenta que las formulaciones utilizadas en el Pacto son, en gran medida, comparables a las de los tratados sobre derechos civiles y políticos”, (CDESC, *Observación General N° 9* (1998), párr. 7). También son relevantes las consideraciones del Comité sobre los recursos para su exigibilidad, en tanto estos pueden ser judiciales, pero no son los únicos efectivos, sino que también pueden haber otros que cumplan con los fines propios de las normas de contenido prestacional, ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CDESC, *Observación General N° 9*, párrs. 9 y 10.

⁴² Sobre la relación del control nacional e internacional en materia de derechos con un fuerte componente prestacional, ver Abramovich, 2006: 35-49.

⁴³ Medina y Nash, 2003.

condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer plenamente de los derechos y libertades consagrados internacionalmente. Los alcances de esta obligación han sido desarrollados por los órganos de control internacional, en especial, por parte de la Corte Interamericana⁴⁴.

La obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos implica siempre la adopción de **medidas positivas**. Podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía: i) la obligación del Estado de **asegurar** el pleno goce y ejercicio de los derechos; ii) el deber de **proteger** a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos; iii) adoptar medidas de **prevención general** frente a casos de violaciones graves de derechos; iv) **reparar** a las víctimas; y v) **cooperar** con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control.

A continuación, me referiré a cada una de ellas.

(i) Las medidas generales para **asegurar** el goce y ejercicio de los derechos son medidas positivas que pueden ser generales o especiales. Las **medidas generales** están dirigidas a toda la población y dicen relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno.

Estas medidas consisten, además, en **legislar internamente para remover los obstáculos normativos** que puedan existir en la legislación nacional; **dictar leyes que permitan dicho goce y ejercicio**; y **establecer los procedimientos y recursos necesarios** para reclamar el cumplimiento de estas obligaciones. En caso que existan **elementos culturales** que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar **medidas para su remoción**. Este aspecto de la obligación es particularmente exigible cuando hay grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales. Aunque cada acto violatorio de este principio pueda ser examinado por los tribunales y exista eventualmente la posibilidad de que sea reparado, **cuando la violación es masiva y sistemática el establecimiento de recursos no agota la obligación del Estado**. Limitarse al mero tratamiento de la violación –que de partida implica un engorro de tiempo y dinero y un problema, a veces insuperable, de prueba– constituiría una enorme injusticia y un incumplimiento de las obligaciones internacionales, pues equivaldría a colocar al grupo afecto a esta violación

⁴⁴ Al respecto, la Corte ha señalado: “Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párr. 166.

constante en la situación de no tener nunca el goce directo de sus derechos, sino que mediatizado por la necesidad de recurrir a la justicia en cada ocasión. En casos como éstos, por consiguiente, el Estado debe hacer una revisión cuidadosa de la manera como opera la sociedad y un diseño de políticas conducentes al logro del objetivo de hacer efectivos, para todos los individuos, el goce y ejercicio de los derechos humanos⁴⁵.

De la misma forma, deberán adoptarse las medidas internas para la **difusión de los derechos y su conocimiento** por parte de los agentes del Estado y la ciudadanía.

Me interesa desarrollar con mayor detalle la argumentación que da la Corte Interamericana para justificar la adopción de **medidas especiales** destinadas a asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos. La Corte, analizando los alcances del derecho a la vida y las obligaciones positivas del Estado, ha definido ciertos estándares que podrían ser aplicables a las obligaciones con contenido prestacional.

El razonamiento es el siguiente: el Estado debe adoptar **“todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida”** conforme lo dispuesto en los arts. 4.1⁴⁶ y 1.1⁴⁷ de la CADH. Estas medidas apropiadas implican

“crear un **marco normativo** adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un **sistema de justicia efectivo** capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de **medidas positivas para prevenir** la violación de este derecho”.⁴⁸

La Corte Interamericana establece como criterio general que las obligaciones del Estado deben ser analizadas a la luz de cada situación particular y, por tanto, “los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las

⁴⁵ Medina y Nash, 2003.

⁴⁶ Artículo 4.1. CADH: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”

⁴⁷ Artículo 1.1 CADH: “*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*”

⁴⁸ Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párr. 153.(en línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. (Consulta: 07 Enero 2010).

necesidades de protección...”⁴⁹. A objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen “**deberes especiales**, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”⁵⁰.

La visión de la Corte acerca de las obligaciones del Estado en esta materia es interesante por cuanto señala que, frente a ciertas situaciones especiales de vulnerabilidad de los titulares del derecho (condiciones personales o situación generalizada), no basta con las medidas generales, sino que el Estado está en la **obligación de adoptar ciertas medidas especiales (“deberes especiales”) de garantía para hacer efectivo el derecho amenazado.**

En todo caso, a juicio de la Corte, existen **límites** para que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de esta obligación de garantía:

“[E]s claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”.

Por tanto, es necesario establecer ciertos criterios que permitan la imputación de responsabilidad:

“[P]ara que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”⁵¹.

En síntesis, la lectura de los derechos desde la situación real en que se encuentra su titular, puede obligar al Estado a adoptar medidas especiales para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello* (2006), párr. 117. (En línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf . (Consulta 07 Enero 2010). El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello* (2006), párr. 154.

⁵¹ Ambas citas corresponden a *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párr. 155.

(ii) El Estado tiene la obligación de **amparar** a las personas frente a la amenaza de sus derechos, ya sea por agentes del Estado o por privados⁵². En este sentido el Estado deberá adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas deberá estarse ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho. Finalmente, la obligación de protección no se cumple sólo con la adopción de medidas genéricas, sino que con medidas particulares que miren la concreta situación del titular de derechos.

Un caso particular en que el Estado adquiere esta obligación de protección es el deber que tienen los Estados de adoptar medidas para evitar que las personas sujetas a su jurisdicción sean puestas a disposición de otros Estados donde su derecho a la vida e integridad personal puedan verse afectados⁵³.

(iii) En el ámbito de la **reacción frente a violaciones** el Estado, a fin de garantizar el derecho de la víctima y prevenir su repetición respecto de toda la sociedad, deberá adoptar medidas en el ámbito interno. En caso que se produzcan violaciones graves de derechos humanos (tortura, desaparición forzada y otras que caigan dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad), estos hechos deben ser **efectivamente investigados** y los **responsables deben ser sancionados** de acuerdo a la normativa nacional, de forma tal de evitar la sensación de impunidad.

Esta es una materia relevante no sólo en sus efectos internos, sino también desde una mirada teórica. Cumplir con la obligación original violada es parte de la obligación subsistente. Por tanto, cumplir con la obligación de garantía, implica desarrollar una serie de actividades con el fin de permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos, así como la adopción de medidas de prevención, dentro de las cuales

⁵² Si bien hay autores, por ejemplo Nowak, 2003: 23-30 y Abramovich y Courtis, 2004: 31 (aunque aclaran que es una postura simplemente convencional, no sustantiva), que autonomizan esta obligación, no me parece que pueda ser explicada al margen de la obligación general de garantía. La autonomía de la protección por parte del Estado en casos concretos de amenaza, no requiere de un razonamiento distinto en cuanto a la actividad del Estado que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos amenazados, ya sea por agentes del Estado o por privados.

⁵³ El Comité de Derechos Humanos (en adelante "el Comité") ha señalado al efecto: "los Estados Parte están obligados a no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente. Las autoridades judiciales y administrativas pertinentes deberán ser informadas de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el Pacto en estas circunstancias" CDH, *Observación general No. 31* (2004), párr. 11.

destacan evitar situaciones de impunidad en caso de violaciones graves de derechos humanos⁵⁴.

De ésta manera las principales obligaciones en éste sentido será; investigar, sancionar y reparar, toda vez que el fin último del deber de prevenir es evitar la impunidad que permita la repetición de estas violaciones.

La Corte en éste sentido ha señalado:

“Como consecuencia de esta obligación los Estados deben **prevenir**, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el **restablecimiento**, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la **reparación** de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁵⁵

(iv) Como medida final, en todo caso de violación de derechos humanos el Estado deberá **reparar** a las víctimas de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el derecho internacional de los derechos humanos⁵⁶.

(v) **Obligación de cooperar.** En el caso de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “el Pacto”), la obligación de cooperar se traduce en el **deber de proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo**⁵⁷. En el Pacto, la obligación de cooperar establecida en el artículo 40 implica, además, la presentación de informes periódicos ante el Comité de Derechos Humanos. Por otra parte, el mismo artículo 40, así como el 48. A y D

⁵⁴ El Comité de Derechos Humanos que ha dicho: “18. Cuando las investigaciones a que se hace referencia en el párrafo 15 revelan la violación de ciertos derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia. Como sucede cuando no se abre una investigación, el hecho de que no se haga comparecer ante la justicia a los autores de violaciones puede ser de por sí una vulneración del Pacto. Estas obligaciones existen concretamente en relación con las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), las privaciones de vida sumarias y arbitrarias (art. 6) y las desapariciones forzadas (arts. 7 y 9 y, frecuentemente, art. 6). Es más, el problema de la impunidad respecto de estas violaciones, cuestión de permanente preocupación del Comité, puede ser un elemento importante que contribuye a la repetición de las infracciones. Cuando se cometen como parte de una agresión generalizada o sistemática contra la población civil, estas infracciones del Pacto constituyen crímenes de lesa humanidad (véase el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional)”, CDH, *Ibidem*, párr. 18.

⁵⁵ CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, (en línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf. (Consulta 07 Enero 2010)

⁵⁶ Sobre el tema de las reparaciones ha habido un amplio desarrollo jurisprudencial, cuyo análisis escapa los objetivos de esta investigación. Para un estudio detallado, ver Nash, 2004: 7-55. Una versión actualizada en este libro, cap. III.

⁵⁷ CDH, *Caso Massera et. al.* (1979), párr. 9 letras d) y e), p. 43.

CADH y 39 del Reglamento CIDH establecen las consecuencias de no cooperar para los Estados. El artículo 40 señala:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

- a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados;
- b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida”.

El artículo 48 establece:

“La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

- a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;
- (...) d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias”

Mientras que el artículo 39 señala:

“Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión conforme al artículo 38 del presente Reglamento, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria”.

(c) Finalmente, el DIDH ha establecido como una obligación general el deber del Estado de **NO DISCRIMINAR** a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos.

Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del derecho internacional de los derechos humanos e incluso, para la

Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*⁵⁸.

El Comité de Derechos Humanos (CDH) ha definido la discriminación como

“toda **distinción, exclusión, restricción o preferencia** que se **basen** en determinados **motivos**, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por **objeto** o por **resultado** anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁵⁹.

La acción estatal deberá consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia, lo que implica un **elemento comparativo**, esto es, para que exista una acción discriminatoria debe haber otra persona o grupo puestos en la situación de ser tratada por el Estado en forma similar o diferente. El Estado incurrirá en una discriminación no solo cuando en forma **directa e inmediata** sus agentes actúen, ya sea que dicha acción provenga de cualquiera de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo o judicial) en cualquiera de sus niveles funcionarios, sino que también en aquellos casos que en forma **indirecta** lo permitan, o bien, por medio de la **omisión** de proteger y garantizar un determinado derecho respecto de una persona o grupo, incurran en un acto discriminatorio. En este sentido, **el Estado deberá prohibir y sancionar todas las acciones discriminatorias que puedan darse en las relaciones particulares, evitar que se proclamen acciones discriminatorias e ideas que las alienten, etc.**

Así, la Corte realiza un análisis del contenido del Art. 1.1 de la Convención y llega a la conclusión de que cada vez que se viola una disposición del Pacto, necesariamente se viola este artículo, toda vez que este consagra las obligaciones básicas de los Estados, que son las de respetar y garantizar los derechos de la Convención y de esta forma se puede realizar un análisis de la imputabilidad de la violación al Estado respectivo.

Mas, no toda diferencia de trato será una discriminación. Es posible que un trato diferenciado sea legítimo, en cuyo caso deben concurrir tres elementos: **objetividad** y **razonabilidad** de dicho trato diferenciado y que busque un **fin legítimo**. El mismo Comité lo ha expresado en los siguientes términos:

⁵⁸ Corte IDH. OC-18/03. *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. (en línea). http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. (Consulta: 07 enero 2010)

⁵⁹ CDH, *Comentario General Nº 18* (1989), párr. 7, (destacado mío).

"...el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son **razonables** y **objetivos** y lo que se persigue es lograr un **propósito** legítimo en virtud del Pacto"⁶⁰.

Finalmente, es importante tener en consideración que los instrumentos internacionales contemplan la obligación del Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad en toda su legislación y no sólo respecto de los derechos consagrados internacionalmente⁶¹.

En consecuencia, el Estado tiene **obligaciones positivas** como parte de la obligación de garantía y la obligación de adoptar "**medidas especiales**" dentro de sus atribuciones cuando se trate de grupos vulnerables (situación o condición personal), cuya violación sea de su conocimiento.

*

* *

Estas obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente. Es necesario tener presente que estas no son obligaciones autónomas, sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrado en los instrumentos internacionales en casos concretos y respecto de titulares de derechos concretos, lo que exige un esfuerzo hermenéutico en cada caso para determinar el contenido y alcance de estos derechos particulares a la luz de las obligaciones generales.

⁶⁰ CDH, *Comentario General N° 18* (1989), párr. 13, (destacado mío).

⁶¹ A modo de ejemplo, ver art. 24 de la CADH y art. 26 del PIDCP. Un estudio sobre esta materia en Palacios, 2006: 25-43.

Caso María Eugenia Morales⁶²

- *La Sra. Morales de Sierra está casada y vive en Guatemala, por tanto, está sometida a los efectos inmediatos del régimen legal de patrimonio conyugal vigente en el Estado.*
- *En virtud del artículo 109 del C.Civil, vigente desde 1990, la representación conyugal corresponde al marido que, en virtud del artículo 131, administra el patrimonio conyugal. Los artículos 115 y 133 permiten la administración por parte de la mujer sólo cuando el marido y no la mujer, se encuentra ausente. En virtud del artículo 255, el marido representa y administra los bienes de los menores y los discapacitados. La mujer sólo puede asumir esa función en determinados casos y aún entonces puede ser excluida del ejercicio de la tutela en virtud de su sexo y de lo dispuesto en el artículo 317.*
- *Esos artículos impiden que la Sra. Morales de Sierra represente legalmente sus propios intereses y los de su familia, y exigen que dependa de su marido para ello.*
- *Aunque el esposo de la víctima nunca se opuso a que ésta ejerciera su profesión, por ley, puede hacerlo en cualquier momento y, en el caso de una disputa, la decisión corresponde a un juez.*
- *Guatemala es parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de su Protocolo Facultativo desde 1992.*

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Qué derechos se ven afectados por estas disposiciones del Código Civil de Guatemala?*
- *¿Qué obligación(es) general(es) estaría infringiendo el Estado de Guatemala?*
- *¿Cuándo un trato diferenciado puede ser considerado "legítimo"?*
- *¿Qué medidas debiera adoptar el Estado de Guatemala para remediar esta situación?*

⁶² Caso completo en; CIDH, (En línea).

<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm> (Consulta: 07 Enero 2010).

Caso Velásquez Rodríguez

- *El 12 de septiembre de 1981, entre las 16.30 y las 18.00 hrs. en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, desapareció el estudiante Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, quien según testimonios de testigos, fue secuestrado por varios hombres, fuertemente armados, vestidos de civil, que se movilizaban en un vehículo sin patente. Desde esa fecha no se tuvieron más noticias sobre el paradero de Velásquez Rodríguez y el gobierno hondureño no realizó ninguna acción para dar con él y cerró todos los expedientes judiciales que se abrieron para esclarecer el caso. Incluso llegó a señalar que Manfredo Velásquez se encontraba con grupos guerrilleros del Salvador.*
- *Entre los años 1981 a 1984, un número de personas entre 100 y 150 desapareció sin que se volviese a tener noticias de ellas. Estas desapariciones seguían un patrón muy similar. Todas ellas ocurrieron de día, en lugares poblados, con hombres armados, vestidos de civil y que actuaban con una aparente impunidad, en vehículos sin placa patente o con una falsa. La población consideraba como un hecho público y notorio que estos secuestros eran efectuados por agentes militares.*
- *La Comisión denunció al Estado de Honduras por la violación de los Arts. 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención.*

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Qué obligación(es) general(es) estaría infringiendo el Estado de Honduras?*
- *¿Cuáles derechos se verían afectados por la práctica de desapariciones forzadas?*
- *¿Qué obligación internacional estaría incumpliendo el Estado de Guatemala?*
- *¿Qué reacción frente a estas violaciones debiera adoptar el Estado de Guatemala?*

2.2. El catálogo de derechos y libertades consagrados internacionalmente

A continuación analizaré la forma en que debe entenderse la estructura de los derechos fundamentales, en tanto estándar normativo. Desarrollaré (a) la forma en que se han expresado los derechos consagrados en los instrumentos internacionales; (b) los principios que prevalecen en el derecho internacional de los derechos humanos y (c) finalmente, formularé algunas reflexiones sobre el valor de la dignidad humana en el derecho internacional de los derechos humanos.

(a) En primer lugar, debe tenerse claro que tanto las **reglas** como los **principios** son normas. **Los principios son mandatos de optimización**, esto es, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; **pueden ser satisfechos en grados** y también debe tenerse en consideración los principios opuestos. Por su parte, **las reglas son mandatos definitivos y, por tanto, siempre estarán hechas o cumplidas o no**. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. No son objeto de ponderación y no la necesitan; su criterio será la preeminencia (jerárquica, cronológica, material, especialidad, entre otras)⁶³.

En segundo lugar, los sistemas relativos a normas *iusfundamentales* pueden expresarse de distintas formas. Pueden expresarse como sistema de principios, sistema de reglas y sistema de principios y reglas, lo que constituye un sistema complejo de normas⁶⁴.

Los sistemas normativos internacionales, vinculados con derechos individuales, se expresan mediante **sistemas complejos de normas, que comprenden principios y reglas**. Estos sistemas complejos tienen **ventajas** frente a modelos puros de reglas o principios. La ventaja frente a un modelo puro de principios es que un sistema como el descrito **no afecta la seguridad jurídica**; frente a un sistema puro de reglas, el sistema complejo tiene la ventaja que **supera los problemas de lagunas**.

En un sistema normativo complejo -como el que he descrito- es posible suponer que se produzcan conflictos entre las normas de una misma naturaleza o jerarquía. Estaremos ante una **antinomia o conflicto constitucional** (contradicción normativa) cuando frente a una **misma condición fáctica se imputan consecuencias incompatibles**, esto es, se presentan diferentes orientaciones que no son posibles de ser observadas simultáneamente⁶⁵. La forma en que el derecho

⁶³ Alexy, 2002.

⁶⁴ Alexy, 2002.

⁶⁵ Prieto 2003: 175.

resuelve estas situaciones estará determinada directamente por el tipo de norma que esté en conflicto:

- Los conflictos **entre principios** se resuelven a través de mecanismos de **ponderación** (por ejemplo eficacia penal vs. derecho a la vida o integridad), y
- Los conflictos **entre reglas** se resuelven a través de mecanismos de **preeminencia** (ley que anula, ley rango superior, entre otros).

Lo relevante en el caso de los conflicto entre principios es que se trata de mandatos de optimización que se deben cumplir en la **mayor medida posible** y, por tanto, en un sistema coherente de normas deben convivir con otros principios y mandatos no siempre plenamente compatibles entre sí. Asimismo, **los principios establecidos con rango constitucional no pueden ser declarados inválidos, ni jerarquizados como ocurren con las reglas, por lo que la resolución de los conflictos debe contemplar alguna solución que no implica la anulación o invalidez práctica de estas normas.**⁶⁶

Esta idea relativa a los conflictos entre principios está vinculada directamente con los límites de los derechos humanos a los que me referiré más adelante (*infra* 1.3).

(b) Un tema que debemos considerar en estas nociones comunes es la forma en que se expresan las normas (principios o reglas) en el derecho internacional de los derechos humanos. En los catálogos contenidos en los instrumentos del DIDH se produce una interesante confluencia de al menos **tres vertientes** de pensamiento: **liberal, igualitaria y democrática o participativa**. Por razones históricas, al momento de consagrarse en el ámbito internacional los derechos humanos estas tres vertientes habían consolidado su aporte al pensamiento jurídico y ello queda claramente reflejado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Si mirados los derechos y libertades consagrados internacionalmente, nos encontramos con **derechos de libertad** (tanto positiva como negativa), **derechos de igualdad** (ante la ley, ante otros, material), **derechos de participación** (derechos políticos en sentido estricto).

(c) Otro tema relevante a tener en consideración es el papel que juega la **dignidad de la persona humana** en el sistema normativo internacional. La dignidad es el

⁶⁶ Según Prieto “los principios se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario” (Prieto, 2003: 187).

valor hacia el cual debe propender todo el sistema normativo de derechos humanos. Esto tiene consecuencias normativas ya que este valor central funda el contenido de los derechos humanos y por tanto, los principios de libertad, igualdad y participación **deberán propender a la realización de este valor**.

En cuanto a su **naturaleza**, la dignidad personal me parece que es un **valor moral** que debe inspirar la interpretación de cada uno de los derechos, tanto como un meta-valor hacia el cual deben estar dirigidos los derechos fundamentales, como un criterio que sirva para una adecuada ponderación de los derechos en caso de conflictos o dudas sobre su interpretación. La dignidad es un valor y como tal, se ubica dentro de lo axiológico.

CASO KIMEL⁶⁷

- *Eduardo Kimel es un conocido escritor, periodista e investigador histórico argentino.*
- *En 1989 publicó un libro titulado “La masacre de San Patricio”, en el cual analiza el asesinato de 5 religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en 1976 durante la última dictadura militar.*
- *En dicho libro, el sr. Kimel analizó las actuaciones judiciales dirigidas a investigar la masacre, señalando que, pese a que se realizaron todos los trámites judiciales, de la lectura de las fojas se hacía posible cuestionar que el juez de la causa intentara realmente alcanzar pistas que condujeran a los victimarios.*
- *En su libro, el sr. Kimel realizó las siguientes afirmaciones:*

“La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial”. “En el caso de los palotinos, el juez cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta”. “La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto”.

- *En 1991 el juez aludido por el sr. Kimel en su libro entabló acción penal en su contra por el delito de calumnia.*
- *En primera instancia el sr. Kimel fue condenado por el delito de injurias a la pena de prisión por un año, en suspenso, y al pago de \$20.000,00 (pesos argentinos). El Juzgado argumentó que en el ordenamiento positivo argentino “todo cuanto ofende al honor, no siendo calumnia, es una injuria”.*
- *En segunda instancia se revocó la sentencia, absolviéndose al sr. Kimel al calificarse su trabajo como “una breve crítica histórica”, argumentándose que “ejerció su derecho a*

⁶⁷ Caso completo en: CIDH (en línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf
(Consulta: 07 Enero 2010)

informar de manera no abusiva y legítima y sin intención de lesionar el honor del querellante”.

- *El querellante interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema, el cual fue acogido, revocándose la sentencia absolutoria y remitiendo la causa a la Cámara de Apelaciones para que dictara nueva sentencia.*
- *La Cámara de Apelaciones confirmó, finalmente, la sentencia de primera instancia en cuanto a la penas, pero no calificó al delito como de injurias sino que como calumnia.*

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Qué derechos reconocidos por la Convención se ven involucrados en este caso?*
- *¿Cómo se resuelve, en un sistema complejo de normas, un conflicto entre derechos?, ¿podría tener algún derecho mayor jerarquía que otro?*
- *¿Cree Ud. que el hecho de que se trate de un tema de interés público, y de un funcionario público, tenga alguna incidencia en este caso?*
- *¿Cree Ud. que una sanción penal constituye una medida proporcional para restringir la libertad de expresión en pos del derecho a la honra?*

Caso Wackenheim⁶⁸

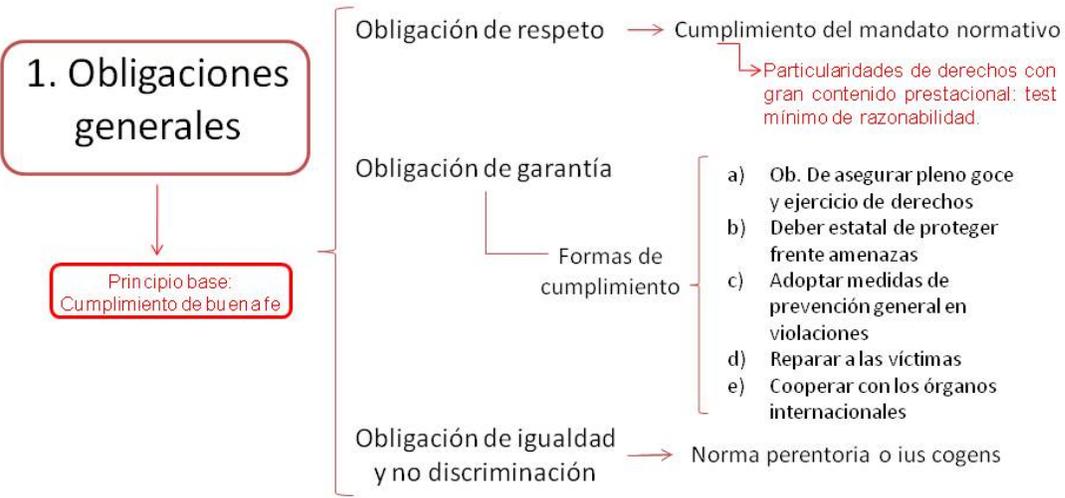
- *El peticionario es el señor Manuel Wackenheim, ciudadano francés, quien padece de enanismo y se desempeñaba desde julio de 1991 en espectáculos conocidos como “lanzamiento de enanos”. Estos consistían en que, con las debidas protecciones, el sujeto era lanzado a cortas distancias hacia un colchón inflable por los clientes de las discotecas en los que estos espectáculos se realizaban.*
- *En noviembre de 1991 el ministerio del interior emitió una circular referida a los espectáculos públicos. Esta ponía especial énfasis en el “lanzamiento de enanos”, estableciendo que esta quedaba prohibida por atentar contra el artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (integridad personal), por ser una conducta degradante y atentatoria contra la dignidad humana.*
- *La circular en cuestión se encontraba motivada en las diversas quejas presentadas por organizaciones de personas que sufren de enanismo, las cuales sostenían que la práctica del “lanzamiento de enanos” afectaba su dignidad y perpetuaba una imagen estereotipada de las personas con enanismo*
- *El peticionario requirió ante los tribunales nacionales para que la prohibición fuera levantada, sin embargo la judicatura consideró que esta actividad atentaba contra la dignidad humana, cuyo respeto formaba parte del orden público y por lo tanto confirmó la prohibición. Como consecuencia de lo anterior el señor Wackenheim quedó desempleado.*

⁶⁸ Caso completo en: ONU (en línea).

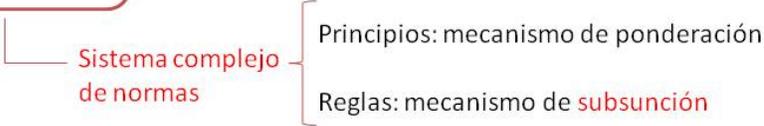
[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.75.D.854.1999.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.75.D.854.1999.Sp?Opendocument). (Consulta: 07 Enero 2010)

- *El peticionario recurre ante el CDH argumentando que la prohibición impuesta por el Estado francés es un atentado contra su dignidad humana, pues la prohibición de ejercer un trabajo lícito es un atropello a su autonomía personal.*
- *El recurrente argumenta que la actividad que realiza es segura e inofensiva en comparación con numerosos comportamientos realmente violentos y agresivos que son tolerados por la sociedad francesa.*

- *¿Qué tipo de conflicto presenta la práctica del “lanzamiento de enanos”?*
- *¿Mediante cuál mecanismo interpretativo se resuelve este conflicto?*
- *¿Qué derechos se ven enfrentados en este caso?*
- *¿Cree usted que afecta la dignidad humana la práctica del “lanzamiento de enanos”?*



2. Catálogo de derechos y libertades



2.3. Los límites legítimos: restricciones y suspensiones

Es posible que una persona no pueda gozar y ejercer plenamente algunos derechos y que esta sea una situación justificada. Ello ocurrirá cuando exista una limitación legítima por parte del Estado al pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados internacionalmente. Son dos los límites legítimos consagrados por el derecho internacional: las **restricciones** y la **suspensión** del ejercicio de derechos.

2.3.1. Restricciones

Nos podemos encontrar con tres situaciones en el ámbito de los derechos humanos. Aquellos derechos que **no admiten restricción** (tortura, esclavitud, libertad de conciencia), aquellos derechos que **admiten restricciones particulares** (derechos de propiedad, asociación de fuerzas armadas) y otros que admitan **restricciones generales**. Me centraré en estos últimos.

Los catálogos contenidos en los tratados de derechos humanos regulan la restricción general de derechos por parte del Estado. **La facultad de restringir**, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que **está limitada por el Derecho Internacional**, que exige el cumplimiento de ciertas condiciones, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado.

Los requisitos de una restricción legítima son: **(a)** respeto del principio de legalidad; **(b)** objetivo legítimo; **(c)** respeto del principio de proporcionalidad.

(a) El primer límite es que las condiciones generales y circunstancias que autorizan una medida de restricción del ejercicio de un derecho humano, deben estar **establecidas por ley**⁶⁹. Este requisito es una salvaguarda a la posible arbitrariedad del gobierno, ya que la expresión "ley" implica exigencias de forma y materiales. El artículo 30 de la CADH establece expresamente que las leyes que impongan restricciones a los derechos humanos deben ser dictadas "por razones de interés general", lo que puede ser considerado como una protección contra la imposición arbitraria de limitaciones.

(b) El segundo límite es que la **causa** que se invoque para justificar la restricción sea de **aquéllas establecidas en los instrumentos internacionales**, ya sea como norma general o específicamente para ciertos derechos. Generalmente ellas son el

⁶⁹ A modo de ejemplo, ver arts. 6, 9, 12, 19 y 22 del PIDCP y arts. 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la CADH.

interés de la **seguridad nacional**, la **seguridad u orden público**, o la **protección de la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los otros**⁷⁰.

En este punto surgen algunos derechos con posibilidades de **restricción particular**. Por ejemplo la restricción del derecho de propiedad admite una restricción particular en atención a su “función social”.

(c) El tercer requisito es que las medidas de restricción respeten el principio de **proporcionalidad**⁷¹. De acuerdo a la interpretación que han hecho los órganos de control internacional la medida de restricción deberá cumplir con los siguientes elementos: **necesaria, adecuada y proporcional**. Por ‘**necesaria**’ se ha entendido que no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una **apremiante necesidad social**. Debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o de los derechos de otros por medios menos restrictivos que los empleados. La medida será “**adecuada**” cuando sea conducente para obtener la protección del derecho mediante la restricción del otro en conflicto; y la “**proporcionalidad propiamente tal**” dice relación con que la medida debe ser aquella que **consiga el fin buscado afectando de menor forma el goce o ejercicio del derecho objeto de la restricción**, lo que implica que, si la hay una alternativa menos gravosa, debe emplearse esa alternativa⁷².

En los sistemas regionales europeo e interamericano se ha entendido que las restricciones deben ser “**necesarias en una sociedad democrática**”. Esto puede ser interpretado como un estándar más restrictivo para las restricciones ya que no sólo deben cumplir con los criterios señalados previamente (propios de la proporcionalidad), sino que además deberán tener en consideración valores propios de una sociedad democrática, como tolerancia, participación, deliberación, respeto por las minorías, entre otros. Dos ejemplos pueden ilustrar el alcance de este requisito. En un caso resuelto por la Corte Interamericana, relativo a propiedad indígena, este tribunal resolvió que para ponderar el conflicto entre la propiedad indígena y la propiedad privada, era necesario tener en consideración la necesidad que tiene una sociedad democrática de preservar formas de multiculturalidad como base del pluralismo que la caracteriza⁷³. En otro caso, relativo al conflicto entre libertad de expresión y derecho a la honra, la Corte señala que para resolver este caso debía tenerse en consideración para resolver el conflicto, el particular rol que

⁷⁰ CADH, arts. 15 y 16.

⁷¹ Un excelente estudio sobre el alcance de este principio (desde una perspectiva fundamentalmente constitucional), ver Bernal, 2003.

⁷² Corte IDH. OC-5/85.

⁷³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 148. (en línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf. (Consulta: 07 Enero 2010)

juega la libertad de expresión en una sociedad democrática y que justifica su especial protección en caso de conflicto con otros derechos⁷⁴.

Una de las hipótesis más interesantes que surgen a partir de las restricciones de derechos es la posibilidad de restringir los derechos a partir de un **conflicto entre derechos**. A partir de la jurisprudencia internacional, que ha aplicado estos criterios, es posible extraer ciertos criterios generales que deben estar presentes en todo proceso de restricción de derechos humanos de forma tal que se asegure un resultado coherente con un sistema integrado de derechos.

Como criterios generales en materia de conflictos de derechos y restricción de los mismos podemos señalar:

- **no debiera asumirse un sistema jerárquico** entre las normas de derechos fundamentales, sino que todos los derechos debieran ser mirados como esenciales para la dignidad de la persona;
- en caso de **conflicto de principios, se debiera ponderar, en el caso concreto**, cuál es la interpretación que permite afectar de menor manera los derechos en conflicto;
- la decisión del procedimiento de ponderación debe tener en cuenta dos elementos: la **situación de vulnerabilidad** en que puedan estar los sujetos posiblemente afectados por la decisión y, **la condición personal del titular** de derechos en conflicto. En consecuencia, tanto la situación de vulnerabilidad como condiciones personales de los titulares de derechos pueden justificar, a la luz del principio de igualdad, la necesidad de adoptar medidas especiales de garantía de sus derechos al momento de resolver conflictos de principios;
- la decisión del procedimiento de ponderación debe tener, en cuanto la situación de los sujetos involucrados, consideración de la situación de vulnerabilidad en que puedan estar los sujetos posiblemente afectados por la decisión y en consecuencia, la necesidad de adoptar medidas especiales de garantía de sus derechos;

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese* (2004), párrs. 104-105. (en línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. (Consulta: 07 enero 2010)

- las medidas de restricción de los derechos en conflicto, debieran ser los **menores** y en estricta relación con la **necesidad de asegurar el derecho** pertinente;
- el mandato para aplicar estos criterios debe ser entendido en un sentido amplio como vinculante para todos los órganos del Estado;
- la resolución de los conflictos debe hacerse teniendo en consideración una **visión del sistema de derechos en su conjunto**, como elementos interrelacionados, con el objetivo de asegurar la dignidad del individuo a través de la protección de los principios que inspiran el sistema de derechos.

COMUNICACIÓN N° 1119/2002: REPÚBLICA DE COREA⁷⁵

- *El Sr. Jeong-Eun Lee, ciudadano de la República de Corea, señala que cuando cursaba el cuarto año de estudios de arquitectura en la Universidad de Konkuk, fue elegido Vicepresidente del Consejo General de Estudiantes de esa Universidad. Tal cargo lo convirtió automáticamente en miembro de la Convención de Representantes, el órgano decisorio de mayor rango de la Federación Coreana de Consejos de Estudiantes (Hanchongnyeon).*
- *En 1997, el Tribunal Supremo de la República de Corea determinó que la Hanchongnyeon era un "grupo que favorecía al enemigo" y una organización antiestatal, en el sentido que podía poner en peligro la existencia y seguridad del Estado así como el orden democrático fundamental.*
- *El 8 de agosto del mismo año fue detenido y posteriormente inculpado con arreglo a los párrafos 1 y 3 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional. Mediante fallo de 28 de septiembre de 2001, el Tribunal de Distrito de Seúl le impuso una pena de un año de prisión y un año de suspensión del ejercicio de sus derechos cívicos.*
- *El párrafo 1 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional dice lo siguiente: "Toda persona que elogie o que sea instigadora o propagadora de las actividades de una organización antiestatal, o que sea miembro de una organización de esa índole, o cualquier persona que haya recibido órdenes o actúe de conformidad con ella, o que sea propagadora o instigadora de una rebelión contra el Estado, a sabiendas de que con ello puede poner en peligro la existencia y la seguridad del Estado o el orden democrático fundamental, será sancionada con una pena de prisión que no será superior a siete años". El párrafo 3 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional dice lo siguiente: "Toda persona que haya constituido una organización o se haya unido a ella con vistas a cometer los actos estipulados en el párrafo 1 del presente artículo será sancionada con pena de prisión por más de un año".*

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Qué tipo de limitación aplicó el gobierno de Corea?*
- *¿Cumplió la medida con los requisitos establecidos?*
- *¿Fue establecida por ley?*
- *¿Cuál es el propósito que persigue la medida?*
- *¿Fue proporcional?*
- *¿Fue necesaria en una sociedad democrática?*
- *¿Cree usted que existe un conflicto de derechos?*

⁷⁵ Caso completo en: ONU (en línea)

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.84.D.1119.2002.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.84.D.1119.2002.Sp?OpenDocument)

(Consulta: 07 enero 2010)

2.3.2. La suspensión temporal de obligaciones

En su artículo 4, el Pacto permite a los Estados Partes suspender temporalmente algunas obligaciones contraídas en virtud de dicho tratado⁷⁶, a lo que se refiere la Convención Americana en su artículo 27.

En este sentido el artículo 4 establece:

“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. Observación general sobre su aplicación.”

Por su parte, el artículo 27 señala:

“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17

⁷⁶ Para una interpretación detallada del art. 4, ver CDH, *Observación General 29* (2001).

(Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”

El marco que establecen tanto el artículo 4 del Pacto como el artículo 27 de la Convención incluye:

- Las **causales** por las cuales se pueden suspender ciertas obligaciones del tratado;
- Los **derechos** respecto de los cuales el Estado **no puede suspender ninguna obligación; un requisito de proporcionalidad en el tiempo y en el tipo de suspensiones que se decreten;**
- La **exigencia** de que las medidas no pueden ser discriminatorias;
- La **prohibición de suspender obligaciones cuando esta es incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado**, esto en razón de que el Estado debe aplicar la norma que más favorezca a los individuos;
- Cumplimiento de aspectos formales.

A continuación, verá los aspectos más relevantes de cada uno de estos requisitos:

- El artículo 4 del Pacto establece que la suspensión de obligaciones se autoriza "**en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación**"; el artículo 27 de la Convención Americana la autoriza en caso de **guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte**. Los conceptos del artículo 27 son peligrosamente vagos, particularmente en vista de las interpretaciones diversas, y a veces extremas, sobre la seguridad nacional que han prevalecido en algunas épocas en ciertos Estados del continente americano. Esto hace que la supervisión de los órganos regionales sea imprescindible en cada caso en que se invocan las facultades para suspender la observancia de los derechos humanos⁷⁷.

⁷⁷ Ver Norris y Reiton, 1980: 189-223 (191-199); Faúndez-Ledesma, 1984: 101-126.

- En cuanto a los derechos cuyas obligaciones no pueden suspenderse, el artículo 4 señala los artículos 6 (**derecho a la vida**), 7 (**prohibición de tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes**); 8.1 y 8.2. (**prohibición de la esclavitud, trata de esclavos y servidumbre**); 11 (**prohibición de prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales**); 15 (**principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* y principio de la aplicación de la pena más favorable al reo**); 16 (**derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica**); y 18 (**derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión**). El artículo 27, por su parte, prohíbe suspender obligaciones con respecto a los siguientes artículos: 3 (**derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica**); 4 (**derecho a la vida**); 5 (**derecho a la integridad personal**); 6 (**prohibición de la esclavitud y servidumbre**); 9 (**principio de legalidad y retroactividad**); 12 (**libertad de conciencia y de religión**); 17 (**protección a la familia**); 18 (**derecho al nombre**); 19 (**derechos del niño**); 20 (**derecho a la nacionalidad**); y 23 (**derechos políticos**), agregando que tampoco son susceptibles de suspensión "**las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos**".

La Convención claramente es más restrictiva para los Estados, probablemente por la experiencia que el continente americano ha tenido con los estados de excepción. Particularmente importante es la prohibición de suspensión de las garantías judiciales. El **artículo 27 no establece cuáles son esas garantías**, lo que indujo a un Estado y a la Comisión a enviar sendas consultas a la Corte, la que, por unanimidad, opinó en la primera consulta

"que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1⁷⁸ y 7.6⁷⁹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición"⁸⁰.

Ampliando lo dicho, en la segunda opinión sostuvo, también por unanimidad,

"1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión [...] el hábeas corpus (art.7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1),

⁷⁸ El art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) consagra el derecho a un recurso de amparo sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, para proteger los derechos humanos.

⁷⁹ El art. 7 regula el derecho a la libertad personal y establece el recurso de hábeas corpus en su inciso 6.

⁸⁰ Corte IDH. OC-8/87, párr. 44.(em línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf. (Consulta: 07 enero 2010)

destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogido por el artículo 8 de la Convención⁸¹.

Así, para su interpretación del artículo 27 la Corte acude a la idea central de que toda suspensión debe enmarcarse en un **sistema democrático y respetar el principio de la legalidad**.

La Observación General 29 del Comité interpreta el artículo 4.2 del PIDCP a la luz de la existencia de normas imperativas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional Humanitario y expande por esta vía la lista de obligaciones no suspendibles. Como casos ilustrativos, se señala el artículo 10 del Pacto, la prohibición de la toma de rehenes, secuestros o detenciones no reconocidas (que dan origen a los desaparecidos), ciertos elementos de los derechos de las personas pertenecientes a minorías, la deportación o traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el Derecho Internacional (aunque se haya suspendido el artículo 12 del Pacto), el artículo 20 del Pacto, y el artículo 2.3 del mismo que exige a los Estados que proporcionen recursos para cualquier violación del Pacto.

También se entienden incluidas en la prohibición de suspensión las garantías procesales, que se basan en los principios de legalidad y del Estado de Derecho inherentes al Pacto en su conjunto⁸².

El requisito de la **proporcionalidad** se expresa en el artículo 4 del Pacto al decir que las disposiciones que adopte el Estado en una situación de emergencia deberán estar **estrictamente limitadas a las exigencias de la situación**, y en el artículo 27 de la Convención Americana al señalar que permite estas disposiciones **"en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación"**. El Comité de Derechos Humanos ha dicho que el requisito de

⁸¹ Corte IDH. OC-9/87, párr. 41.

⁸² *Ibidem*, párrs. 15 y 16.

proporcionalidad **"guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción"**⁸³.

- El artículo 4 del Pacto dispone que ninguna medida puede entrañar **discriminación** alguna "fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social", lo que repite el artículo 27 de la Convención. **No se mencionan** como bases posibles de discriminación prohibida en caso de suspensión de derechos, **"las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional, la posición económica, el nacimiento"** y la cláusula que permite incorporar otras causales de discriminación no precisadas bajo el concepto de **"cualquier otra condición social"**, todas presentes en el artículo 2 del Pacto y en el artículo 1 de la Convención, pero omitidas en esta regulación de las suspensiones. Claramente, los instrumentos han establecido un régimen especial más restrictivo en esta materia.

- Finalmente, el sistema internacional ha establecido la **prohibición de suspender obligaciones cuando esta medida sea incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado**. De esta forma, en caso que por algún compromiso internacional del Estado distinto a los instrumentos aquí señalados, vea limitada la suspensión de derechos, primará este límite adicional. Esto no es sino la aplicación de la obligación de elegir la norma que más favorezca a los individuos.

- **Aspectos formales.** El artículo 4 del Pacto exige que la declaración de emergencia sea **proclamada oficialmente dentro del Estado**. Este requisito se encuentra implícito en la exigencia del respeto al principio de legalidad que la Corte Interamericana ha enfatizado en las Opiniones Consultivas examinadas anteriormente la notificación a los demás Estados Partes. La exigencia de la **notificación** es una señal de que la suspensión de obligaciones es de interés del conjunto de Estados Partes del Pacto y de la Convención. La notificación, que se hace a través del Secretario General de la ONU o de la OEA, respectivamente, permite a los órganos de **supervisión** examinar los fundamentos de la decisión y las medidas que a raíz de ella se tomen.

El Comité ha agregado que ella también permite que "los Estados Partes cumplan con su obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto"⁸⁴.

⁸³ CDH, *Observación General 29* (2001), párr. 4.

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 17.

Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador⁸⁵

Los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo y José Miguel Caicedo fueron ejecutados durante un operativo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de Ecuador, realizado en el marco de una suspensión de garantías no ajustada a los parámetros pertinentes. Asimismo, más de trece años después de ocurridos los hechos, el Estado no efectuó una investigación seria ni identificó a los responsables materiales e intelectuales de las ejecuciones de las víctimas, razón por la cual éstos se encuentran impunes.

El Estado alegó que la muerte de esas personas ocurrió en un enfrentamiento con miembros de la fuerza pública durante dicho operativo, llevado a cabo como una medida legal y necesaria en el marco de un estado de emergencia debidamente declarado, en una época de alta delincuencia y de conformación de grupos terroristas. Además, señaló que sí hubo una investigación policial y militar al respecto, aunque manifestó que no se ha iniciado proceso penal alguno, por lo que no le es imputable la alegada violación a las garantías judiciales y protección judicial. Sin embargo, al inicio de la audiencia pública celebrada en el presente caso y en sus alegatos finales, el Estado efectuó un allanamiento parcial

El decreto en cuestión (Decreto No. 86 de 3 de septiembre de 1992) establecía:

Considerando

Que en todo el territorio nacional y, especialmente en las ciudades de Quito y Guayaquil, continúan suscitándose hechos de vandalismo, atentados contra la integridad física de las personas y considerables perjuicios a la propiedad pública y privada, que han determinado un grave estado de conmoción interna;

Que es indispensable mantener y defender el sistema jurídico y democrático de la República, así como precautelar el orden y la seguridad de los habitantes del ECUADOR, arbitrando las medidas adecuadas; y

En ejercicio de las atribuciones legales,

ARTICULO PRIMERO.- Dispónese la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional, como medio de precautelar la seguridad de las personas y de los bienes públicos y privados.

ARTICULO SEGUNDO.- El presente Decreto entrará en vigencia desde la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y de su cumplimiento encárguese el señor Ministro de Defensa Nacional.

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- ¿Qué tipo de limitación aplicó el gobierno de Ecuador?
- ¿Cuáles fueron las causales invocadas por el gobierno de Ecuador?
- ¿El derecho afectado es susceptible de suspensiones?
- ¿Cumple la suspensión con el requisito de proporcionalidad?
- ¿Cumple la suspensión con los requisitos formales?

⁸⁵ Caso completo en: CIDH (En línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf
(Consulta: 07 Enero 2010)

3. Límites legítimos

- A) Restricciones**
- a) Derechos que NO admiten restricciones
 - b) Derechos que admiten restricciones particulares
 - c) **Derechos que admiten restricciones generales**
- Requisitos de restricciones legítimas:
- i. Respeto al principio de legalidad
 - ii. Objetivos legítimos de la restricción
 - iii. Respeto al principio de **PROPORCIONALIDAD** (restricción necesaria, adecuada y proporcional);
(necesario en una sociedad democrática)

B) Suspensión temporal de derechos

- Requisitos
- a) **Forma: Proclamación oficial y publicidad**
Notificación a Estados parte → **Control internacional**
 - a) **Fondo: Causales que autorizan la suspensión**
Proporcionalidad de la medida de suspensión
Prohibición de afectar obligaciones no susceptibles de suspensión
Prohibición de discriminación
- Art. 4º Pacto internacional de derechos civiles y políticos y
Art. 27 Convención Americana sobre derechos humanos.

2.4. La interpretación

Las normas para la interpretación de los tratados están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 31 de la Convención de Viena establece que:

"1. Un tratado deberá interpretarse de **buena fe** conforme al **sentido corriente que haya de atribuirse a los términos** del tratado en el **contexto** de éstos y teniendo en cuenta **su objeto y fin**".

Para estos efectos, el contexto de un tratado comprende:

- El texto, incluyendo el preámbulo y los anexos;
- Todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del mismo; y
- Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente a él (art. 31.2 a) y b)).

En cuanto a la historia de la adopción del tratado (*les travaux préparatoires*), la Convención de Viena la relega a una posición secundaria. La formulación de la norma del artículo 31 acentúa la idea de que los diversos elementos que la configuran forman un sistema de interpretación, **sin que haya entre ellos ninguna jerarquía**: toda norma convencional debe interpretarse teniendo en cuenta **simultáneamente la buena fe, el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin del mismo**.

- La **interpretación pro persona**. Si consideramos que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que éstos son la protección de los derechos humanos, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre en **favor del individuo**. Esto ha sido reiterado por la Corte Interamericana, que expresó en el primer asunto del que conoció que: "... el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema"⁸⁶, y constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento.

⁸⁶ Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras* (1981), párr. 16. (En línea) <http://www.cidh.oas.org/annualrep/82.83sp/CostaRica13.83.htm>. (Consulta: 07 Enero 2010).

La Corte vincula la especial naturaleza de los tratados sobre derechos humanos con la necesidad de una particular interpretación de los mismos, señalando “**la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a [sic] asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos**”; lo que no sólo es aplicable para las normas sustantivas, sino que también para las normas procesales⁸⁷.

- **La interpretación dinámica.** La mención del objeto y fin del tratado como un elemento de interpretación confiere también a ésta un carácter dinámico, que se refleja en la amplitud del concepto "el contexto del tratado", ya que los instrumentos formulados "con motivo de la interpretación del tratado" son necesariamente posteriores a éste y, si se han adoptado por las mismas partes, pueden entenderse como una interpretación que éstas han dado al acuerdo primero⁸⁸.

La Corte Internacional de Justicia reconoce este dinamismo al expresar en su Opinión consultiva sobre las Consecuencias Legales de la presencia de Sudáfrica en Namibia que "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar"⁸⁹Esta técnica, por tanto, exige interpretar las normas sobre derechos humanos de modo que éstas se adapten a las **nuevas realidades** y puedan ser **efectivas** en el momento en que se las interpreta. La Corte Interamericana ha destacado que la interpretación de los tratados de derechos humanos debe tener en consideración que éstos "son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales" y que esta interpretación evolutiva, tiene un claro fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana⁹⁰, así como en las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De esta forma, "al

⁸⁷ Corte IDH. Caso *Mapiripán* (2005), párr. 105. (En línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_122_esp.pdf. (Consulta: 07 enero 2010).

⁸⁸ Esta es una de las razones que se dan para asignarle valor de norma a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

⁸⁹ CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, (1971), pp. 16-31.

⁹⁰ Artículo 29: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano"⁹¹.

- La **interpretación integral**. Las diversas fuentes del Derecho Internacional se influyen recíprocamente. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible intentar aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa, como tampoco lo es ignorar las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo.

También existe esa **reciprocidad entre las fuentes internacionales y las domésticas**. Los principios generales del derecho se originan en el derecho interno de los Estados, que puede ser fuente de normas internacionales, así como criterio orientador para una interpretación más extensiva de los derechos humanos contenidos en normas internacionales.

La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los Estados Partes del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares pueden dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos.

Concordante con esta idea, el artículo 5.2 del Pacto dispone que:

"No podrá admitirse restricción alguna o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

En el sistema interamericano, la idea de la integralidad está reflejada y ampliada en las letras b), c) y d) del artículo 29 de la Convención. La letra b) reproduce la idea del artículo 5.2 del Pacto; la letra c) no permite que se interprete ninguna norma de la Convención en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno"⁹².

⁹¹ Corte IDH. OC-5/85, *op. cit.*, párr. 52.

⁹² Recordamos aquí, como ejemplo de esta posición, la interpretación hecha por la Corte Interamericana de la expresión "garantías judiciales indispensables", inserta en el art. 27 de la CADH. Ver Corte IDH. OC-9/87.

La letra d) del artículo 29 establece que **ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza"**. Esta norma apoya la posición de que las resoluciones de órganos internacionales pueden llegar a tener valor jurídico, aun cuando formalmente y en principio, no parecieran tenerlo, y señala que el intérprete no las puede ignorar⁹³.

Caso Mayagna Awas Tingni⁹⁴

- *La Comunidad Awas Tingni (de la etnia Mayagna o Sumo) es una comunidad indígena de la Costa Atlántica de Nicaragua situada en la Región Autónoma Atlántico Norte (RAAN).*
- *La propiedad indígena se haya reconocida por el ordenamiento jurídico paraguayo, sin embargo las tierras de la comunidad Awas Tingi no se encuentran adecuadamente delimitadas.*
- *En marzo de 1996 el Estado de Nicaragua, a través del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARENA), otorgó una concesión por 30 años a la empresa coreana SOLCARSA para explotar 62,000 hectáreas de selva tropical en la región de la Costa Atlántica, dentro de las tierras reclamadas por la Comunidad Mayagna.*
- *La Comisión demandó, entre otras cosas, al Estado por no haber demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni haber tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales,*
- *A la fecha de dictación de la Sentencia, el referido proyecto de ley que regularizaba la situación no había sido aprobado como ley en Nicaragua.*

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Qué derecho(s) se ve(n) afectado(s) en este caso?*
- *¿Qué particularidades presenta la interpretación de los tratados sobre DD.HH?*

⁹³ La Corte Interamericana se pronunció sobre el punto en la Opinión Consultiva No. 10, basándose en parte en el argumento de que podía ser necesario interpretar la Declaración al interpretar la Convención Americana, en razón de lo dispuesto en el art. 29 de este último cuerpo legal (Corte IDH. OC-10/89, párr. 36).

⁹⁴ Caso completo en: CIDH (en línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf (consulta: 07 Enero 2010)

- *¿Cómo podría interpretarse el art. 21 de la Convención para dar lugar al reclamo de la comunidad Awas Tingni?*

Caso Gregoria López Ostra⁹⁵

- *La señora Gregoria López Ostra es una ciudadana española, residente junto a su familia en la ciudad de Lorca (Murcia), relativamente cerca del centro de la ciudad. En esa zona, existe una gran concentración de industrias del cuero. A sólo 12 metros de su vivienda se instaló una planta depuradora de desechos líquidos y sólidos de la empresa, construida con subsidio del Estado.*
- *El mal funcionamiento de la depuradora originó la producción de emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminación que afectaron principalmente a los vecinos del barrio donde residía la señora López Ostra. Los habitantes fueron evacuados de sus casas y realojados gratuitamente en el centro de la ciudad entre julio y septiembre de 1988.*
- *Un mes más tarde, la señora López Ostra y su familia se trasladó de nuevo a su casa, donde vivió hasta febrero de 1992. En febrero de 1993 tuvo que comprar una casa en un lugar distinto de la ciudad, por su precaria condición de vivienda.*
- *La señora López Ostra recurrió ante las instancias internas. El Tribunal consideraba que la depuradora no constituía un peligro grave para la salud de las familias, aunque sí causaba un deterioro de su calidad de vida pero que ello no era suficientemente importante para suponer un atentado a los derechos fundamentales reclamados. La recurrente apeló ante el Tribunal Supremo quien rechazó el recurso.*
- *La señora López Ostra acudió entonces ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando la vulneración del art. 8, párrafo 1 y del art. 3, estimando que era víctima de una violación de su derecho a respetar su domicilio, haciendo imposible su vida privada y familiar, así como ser sometida a un trato degradante.*

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 3. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁹⁵ Caso completo en: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en línea)

http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/normativa_ambiental/jurisprudencia/internacional/Caso_Lopez_Ostra_Espana_TEDH.pdf (Consulta: 07 Enero 2010)

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Cree Ud. Que se ha visto infringido el derecho de la señora López Ostra al respeto de su domicilio, vida privada y familiar, en los términos que consagra el art. 8°?*
- *¿Pudo el Estado haber actuado de manera tal de conciliar el interés del bienestar económico de la ciudad -el de tener una planta de tratamiento de residuos- y el disfrute efectivo de la recurrente de su derecho al respeto a su domicilio y a su vida privada y familiar?*
- *¿Considera correcto afirmar que la señora López Ostra ha sido sometida a un “trato degradante” en los términos que establece el art. 3°?*

4. Interpretación

→ Art. 31 Convención de Viena

↓
Interpretación de buena fe

- a) Interpretación pro persona
- b) Interpretación dinámica
- c) Interpretación integral

5. Responsabilidad internacional del Estado

• Elementos que configuran la responsabilidad internacional

- a) Acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma de derecho internacional
- b) Acto ilícito debe ser imputable al Estado

• Responsabilidad por actos de privados: Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones que tiene el Estado. No existe responsabilidad directa.

• Legitimidad de la acción internacional: Responsabilidad estatal sólo puede exigirse internacionalmente cuando Estado haya tenido oportunidad de repararlo por sus propios medios.

• Consecuencias de la responsabilidad internacional

Obligación de reparar a las víctimas

2.5. La responsabilidad internacional del Estado

Una materia de vital trascendencia que ha emergido en el sistema internacional de derechos humanos es la responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos. Uno de los sistemas que más ha aportado a este tema es precisamente el sistema interamericano de derechos humanos, particularmente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En el derecho internacional público clásico ha primado la idea de que la responsabilidad internacional se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado, a través de un tratado o del derecho consuetudinario.

Los **elementos que componen el hecho ilícito** internacional serían los siguientes:

1. **Existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente** entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión;
2. Dicho acto de carácter ilícito le **debe ser imputable al Estado** en su calidad de persona jurídica.

En el sistema interamericano, a partir de la sentencia en el caso *La Última Tentación de Cristo*⁹⁶, la Corte Interamericana estableció que el ilícito internacional por violaciones a los derechos humanos se produce en el momento en que el Estado actúa en violación de una norma obligatoria, **sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño**⁹⁷.

1. Si la responsabilidad internacional emana de la **infracción de una obligación internacional**, es necesario tener claridad sobre cuáles son las normas que obligan al Estado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Las normas internacionales en materia de derechos humanos que pueden hacer incurrir en responsabilidad al Estado son **todas aquellas que le pueden ser exigibles**, ya sean **tratados internacionales** de los que es parte, así como **prácticas consuetudinarias** que puedan serle exigibles de acuerdo con el derecho internacional público⁹⁸. En el estado actual del desarrollo del sistema

⁹⁶ Corte IDH. caso "La Última Tentación de Cristo" (2001).

⁹⁷ "Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado", Corte IDH. *Ibidem*, párr. 72. Para una explicación completa de los alcances de este fallo, ver voto concurrente juez A.A. Cançado Trindade, en la misma sentencia.

⁹⁸ La Corte Interamericana ha establecido la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una norma de *ius cogens*. Corte IDH. caso *Almonacid Arellano y otros* (2006), párr. 99 y 114.

internacional las principales obligaciones de los Estados están en los tratados internacionales, ya sean estos universales (sistema de Naciones Unidas) o regionales (sistemas europeo, interamericano, africano). De esta forma, la normativa internacional en materia de derechos humanos constituye *lex specialis* en materia de responsabilidad de los Estados, toda vez que se encuentra dirigida a regular en particular este tipo de obligaciones y por tanto, ésta constituirá la base de las obligaciones estatales exigibles en sede internacional⁹⁹.

En el sistema interamericano, los Estados parte de la OEA tendrán como fuente de sus obligaciones a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)¹⁰⁰. En el sistema de la Convención Americana las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH constituyen, en definitiva, la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a los derechos y libertades consagrados en dicho instrumento¹⁰¹.

- Artículo 1.1: “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*”
- Artículo 2: “*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*”

Además, los Estados serán responsables por las obligaciones que emanan de los tratados específicos en materia de derechos humanos de que sean parte. En el ámbito de Naciones Unidas, el sistema de responsabilidad internacional estará determinado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) para todos los Estados parte de la ONU y además, los tratados especiales de los que cada Estado sea parte.

2. El segundo elemento constitutivo de la responsabilidad internacional del Estado es que la infracción a las obligaciones internacionales sea **imputable al Estado**. Respecto de qué conductas son las que pueden hacer incurrir en

⁹⁹ Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"* (2005), párr. 107.

¹⁰⁰ Corte IDH. *OC-10/89*, párr. 45; *Caso Bueno Alves* (2007), párrs. 54 a 60.

¹⁰¹ La Corte ha señalado expresamente que el "... origen mismo de dicha responsabilidad surge de la inobservancia de las obligaciones recogidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención", Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"* (2005), párr. 108. En el mismo sentido Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello* (2006), párrs. 111-113; *Caso de la Masacre de la Rochela* (2007), párr. 67.

responsabilidad internacional al Estado, se puede señalar que se aplican las normas generales del derecho internacional público, por tanto, **la responsabilidad puede estar fundada en actos u omisiones de cualquier poder u órgano estatal que viole obligaciones internacionales en materia de derechos humanos:**

i) El Estado puede hacerse responsable por la **adopción de disposiciones legislativas incompatibles con las obligaciones internacionales**. Es decir, si se dicta una ley que es incompatible con las obligaciones que ha adquirido el Estado a través de los tratados de derechos humanos, el legislativo está haciendo incurrir al Estado en responsabilidad internacional y, por lo tanto, lo está poniendo en una situación de ser sujeto pasivo en el sistema internacional y ser objeto de un proceso internacional y ser, eventualmente, objeto de una condena internacional¹⁰². También puede el legislativo comprometer la responsabilidad del Estado cuando **no adopta disposiciones legislativas necesarias para hacer compatible su normativa interna con las obligaciones internacionales**¹⁰³. Cuando los Estados ratifican un tratado, lo hacen parte de su legislación, por tanto, se están comprometiendo también a adecuar toda su legislación interna de acuerdo a los estándares del tratado internacional. En ese sentido, hay un esfuerzo que deben llevar adelante los Estados, de ver cómo el conjunto de su cuerpo normativo y las prácticas que de él emanen se ajustan a las obligaciones que están adquiriendo¹⁰⁴.

ii) El **poder ejecutivo**, a través de todos sus funcionarios, **por acciones u omisiones que sean incompatibles con las obligaciones internacionales**, también puede hacer al Estado responsable internacionalmente. Esta es la visión clásica que tenemos del incumplimiento de una obligación internacional de derechos humanos: la de un funcionario público que no cumple con aquello que está obligado a respetar o a dar garantía (esto comprende también la obligación de prevenir o reprimir acciones ilícitas de particulares); por eso no nos vamos a detener mucho en esta idea.

iii) También el **Poder Judicial** puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad podrá estar basada en **denegación de justicia, infracciones al debido proceso, aplicación de**

¹⁰² Corte IDH. *Caso La Cantuta* (2006), párrs. 167 y 189; *Caso Barrios Altos* (2001), párr. 41; *Caso Barrios Altos* -. *Interpretación de la Sentencia de Fondo* (2001), párr. 18.

¹⁰³ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne* (2005), párr. 93.

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo"* (2001), párr. 72.

normas incompatibles o interpretación incompatible con las obligaciones internacionales del Estado¹⁰⁵.

3. Respecto de la responsabilidad por **actos de privados**, el sistema internacional ha establecido que **el Estado puede llegar a ser responsable en estos casos atendida su falta de respuesta frente a estas acciones privadas** que, de haber sido provocadas por sus agentes estatales, constituirían violaciones de derechos.

La Corte Interamericana al respecto ha señalado:

“... un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, **puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación** o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”¹⁰⁶.

El fundamento de dicha responsabilidad lo explora la Corte en los siguientes términos:

“... Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención”¹⁰⁷.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado:

“Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano* (2006), párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso* (2006), párr. 128.

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párr. 172.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párr. 173.

¹⁰⁸ CDH, *Observación general No. 31* (2004), párr. 8.

De esta forma, se observa que el Estado puede ser responsable por las violaciones convencionales cometidas en forma directa por sus agentes (de cualquier órgano del Estado), o bien, dicha responsabilidad puede emanar de una omisión del Estado de actuar en aquellos casos en que particulares afectan los derechos convencionales.

- **Momento en que se configura la responsabilidad internacional.**

Una cuestión interesante que aborda la Corte en la sentencia del *caso Mapiripán* es la determinación sobre el momento en que se produce la responsabilidad internacional y cuándo esta puede ser exigida a nivel supranacional. La Corte señala que la “[L]a responsabilidad estatal bajo la Convención Americana **sólo puede ser exigida** a nivel internacional **después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios**”¹⁰⁹.

Pareciera que con esta postura se abre una posible discusión acerca de la responsabilidad internacional a la luz de los criterios que se han establecido en el ámbito internacional público. Es claro que la responsabilidad sólo puede ser exigida a nivel internacional una vez que el Estado ha podido actuar a nivel interno (este es el sentido del principio del agotamiento de los recursos internos). **Pero la responsabilidad del Estado ha surgido antes, al momento del ilícito atribuible al Estado** y con ello, **se hacen aplicables al acto en cuestión todos los criterios internacionales sobre obligaciones del Estado por violación de derechos humanos (obligación de investigar, sancionar y reparar)**, determinando qué y cómo debe reparar el Estado en el ámbito interno.

Por lo tanto, existen tres momentos a tener en cuenta respecto a la responsabilidad internacional de un estado por violación a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos:

- La responsabilidad se configura al momento de concurrir los elementos de ésta: la infracción a una obligación internacional por acción u omisión atribuible al Estado.
- La legitimación para concurrir a una instancia internacional sólo se da cuando, además de configurarse la responsabilidad del Estado, se han agotado todos los recursos internos.

¹⁰⁹ Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, (2005), párr. 113.

- Las obligaciones que surgen a partir de la responsabilidad (reparación) son exigibles desde que se configura la responsabilidad en el ámbito interno.
- **Excepciones a la responsabilidad**

No puede excepcionarse la responsabilidad invocando normas del Derecho interno, según lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”*

Tampoco puede excepcionarse la responsabilidad argumentando que otros Estados no cumplen, a pesar que esto sea permitido para otros tratados por el artículo 60 de la Convención de Viena: *“Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.”*

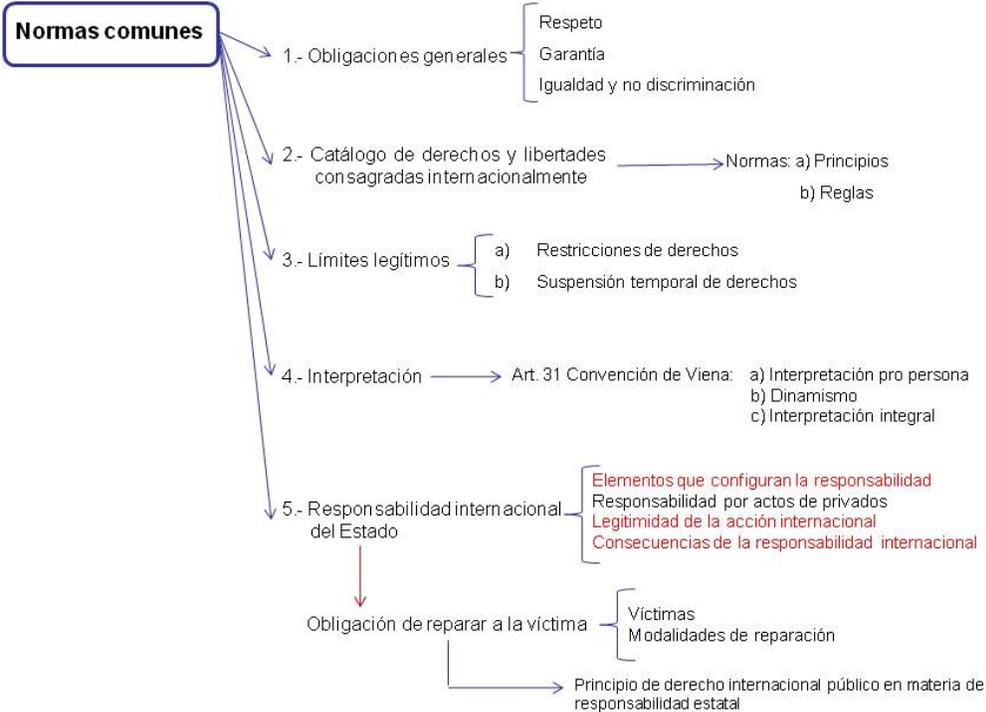
Caso Velásquez Rodríguez

- *El 12 de septiembre de 1981, entre las 16.30 y las 18.00 hrs. en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, desapareció el estudiante Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, quien según testimonio de testigos, fue secuestrado por varios hombres, fuertemente armados, vestidos de civil, que se movilizaban en un vehículo sin placa patente. Desde esa fecha no se tuvieron más noticias sobre el paradero de Velásquez Rodríguez y el gobierno hondureño no realizó ninguna acción para dar con él y cerró todos los expedientes judiciales que se abrieron para esclarecer el caso. Incluso llegó a señalar que Manfredo Velásquez se encontraba con grupos guerrilleros del Salvador.*
- *Entre los años 1981 a 1984, un número de personas entre 100 y 150 desapareció sin que se volviese a tener noticias de ellas. Estas desapariciones seguían un patrón muy similar y todas ellas ocurrieron de día, en lugares poblados, con hombres armados, vestidos de civil y que actuaban con una aparente impunidad, en vehículos sin placa patente o con una falsa. La población consideraba como un hecho público y notorio que estos secuestros eran efectuados por agentes militares.*
- *La Comisión denunció al Estado de Honduras por la violación de los Arts. 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención.*

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Existe una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente para el Estado de El Salvador?*
- *¿El acto atentatorio con el derecho a la vida y a la integridad personal es imputable al Estado?*
- *¿Cuál o cuáles poderes del Estado son responsables de estas violaciones?*
- *¿Se configura entonces la responsabilidad internacional del Estado de El Salvador?*

SISTEMA INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD ESTATAL



2.6. La obligación de reparar a la víctima

- **Naturaleza y concepto de la obligación de reparar.**

La obligación de los Estados de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos es un concepto que se ha instalado como **uno de los principios del derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado** y así ha sido reconocido tanto por la doctrina y por la jurisprudencia, además de su recepción en tratados específicos¹¹⁰. Su vinculación como uno de los principios del Derecho Internacional y, por tanto, aplicable como fuente de obligaciones aún respecto de los Estados que no sean parte de dichas Convenciones especiales ha sido establecido por la propia Corte Internacional de Justicia y por la Corte Interamericana:

"Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado 'incluso una concepción general de derecho', que **toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente**. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo"¹¹¹.

En cuanto a su incorporación en los tratados de derechos humanos, podemos destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone:

"Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos u el pago de una justa indemnización a la parte lesionada"¹¹².

La Corte Interamericana, para definir el concepto de reparación, ha dado siempre un concepto genérico, enumerando las distintas formas que puede tomar la reparación:

"La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de

¹¹⁰ Nash, 2004.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez – indemnización compensatoria*, (1989), párr. 25.

¹¹² Artículo 63.1 de la CADH

la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (...). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos”¹¹³.

En el ámbito del DIDH se ha asumido una **concepción amplia del concepto de reparaciones** y se han dispuesto actuaciones del Estado que comprenden **medidas de restitución, compensación, satisfacción y garantías de no repetición**¹¹⁴. De hecho, se ha determinado a nivel interno importantes medidas de cumplimiento de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, las que tienen un efecto reparador, tanto en la perspectiva de cesación del mal causado, como medidas de no-repetición.

La finalidad de las medidas de reparación es **restablecer a la víctima a la situación anterior a la violación**. Si esto no es posible, se buscará la reparación integral de la víctima.

En cuanto a la persona, **se busca reparar a la víctima** o víctimas de la violación. Las víctimas **pueden ser directas o indirectas**; un ejemplo de reparación a víctimas indirectas es la reparación a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima directa.

- **Modalidades de reparación.**

1. Reparaciones materiales: es el pago de una **indemnización** por concepto de daño material directo (daño emergente), daño material indirecto (lucro cesante), daño moral y daño al proyecto de vida.

El límite de la indemnización por concepto de daño moral es el daño punitivo: el castigo mediante la indemnización es improcedente. De esta manera se busca que la indemnización sea en su justa medida.

¹¹³ Caso Garrido y Baigorria – reparaciones, párr. 41

¹¹⁴ El CDH ha señalado: “El Comité toma nota de que, en los casos en que proceda, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos” (CDH, *Observación General 31* (2004), párr. 16).

Asimismo, un interesante paso en esta materia se dio el 16 de diciembre de año 2005, ya que mediante Resolución 60/147, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

En cuando al proyecto de vida, se ha señalado por la Comisión Interamericana que:

“El Proyecto de Vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana.”¹¹⁵

La Corte Interamericana se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el proyecto de vida:

(i) **Caso Loayza Tamayo:** el Tribunal reconoció “la existencia de un grave daño al ‘proyecto de vida’ de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos”, pero sostuvo que “la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos”. Esta sentencia establece una institución, pero no se siguen consecuencias económicas al respecto. Esta es la primera opinión de la Corte respecto al proyecto de vida, siendo el único caso en que la Corte ha tomado esta institución y la ha considerado de manera independiente de otras reparaciones.

(ii) **Caso Gutiérrez Soler:** la Corte “reconoce la ocurrencia de un daño al ‘proyecto de vida’ del señor Wilson Gutiérrez Soler, derivado de la violación de sus derechos humanos.” Ha decidido, sin embargo, no cuantificar este daño “en términos económicos, ya que la condena que se hace en otros puntos de la presente sentencia contribuye a compensar al señor Wilson Gutiérrez Soler por sus daños materiales e inmateriales”.

(iii) **Caso Cantoral Benavides:** la Corte observó que los hechos de ese caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su “proyecto de vida”.

En consecuencia, la jurisprudencia reconoce que **existe un daño al proyecto de vida, pero hasta el momento no se ha concretizado en términos económicos.** La Corte ha tomado esta institución pero no ha materializado las consecuencias de

¹¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay. 2001

incluir esta institución en materia de reparación, más bien, **se ha usado como base para cuantificar la indemnización de otros tipos de indemnización o bien disponer medidas de satisfacción.**

2. Reparaciones inmateriales: restitución del derecho conculcado, **satisfacción** (por ejemplo, pedir perdón, construir monumentos) **y garantías de no repetición.** En este tipo de reparaciones el sistema interamericano, a diferencia del sistema europeo y el de Naciones Unidas, ha sido muy creativo.

Por último, se debe señalar que la Corte ha establecido dentro del ámbito de las reparaciones ciertas obligaciones de actuación frente a violaciones graves de derechos humanos. De esta forma ha desarrollado el **derecho a la verdad**, el cual tiene dos dimensiones, una social y una individual; consiste en la **investigación respecto a un caso de violación, para no favorecer la impunidad. La investigación, la posterior sanción y reparación sirven finalmente como prevención**; la Corte haciendo extensivo el concepto de reparación ha determinado que la investigación y posterior sanción también tienen un efecto reparatorio para la víctima y es esto lo que le da sentido para ser tratado dentro de la reparación (además que la Corte puede vigilar su cumplimiento), ya que, la investigación es parte de la garantía de la obligación primaria.

- **Alcances sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en esta materia.**

Es posible afirmar que **el sistema internacional de derechos humanos ha centrado su atención en materia de reparaciones en la persona de la víctima y en la garantía de no repetición.** De ahí se desprende un acercamiento al tema que abre posibilidades de actuación al sistema internacional en situaciones de violaciones de derechos humanos más allá de cada caso particular.

También se desprende de la jurisprudencia de la Corte la vinculación entre violación de derechos y reparación.

- **La reparación y las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.**

En las violaciones masivas y sistemáticas **la reparación pasa a ser un tema colectivo**, perdiendo la víctima su centralidad. En estas violaciones existe un compromiso estatal, ya que el Estado está tolerando que ocurran las violaciones, favoreciendo la impunidad y, de esta manera, incumpliendo su obligación de garantía.

En la reparación de este tipo de violaciones existen dos criterios:

(i) Desde la perspectiva del Derecho Internacional se han establecido como medidas de reparación la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

(ii) Un segundo criterio sostiene que en los procesos de transición a la democracia, en que se ha debido hacer frente a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, los criterios y definiciones tradicionales deben ser replanteados.

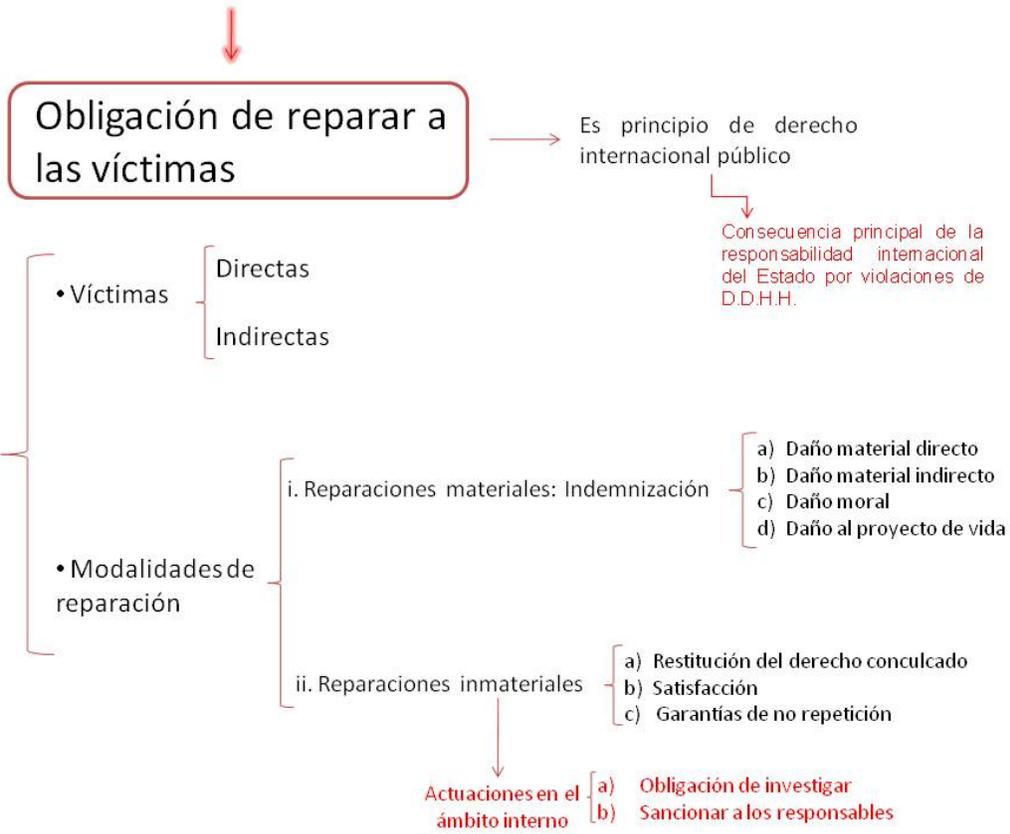
CASO LOAYZA TAMAYO

- *El 6 de febrero de 1993 la señora María Elena Loayza Tamayo, peruana, profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue arrestada junto con un familiar suyo, el señor Ladislao Alberto Huamán Loayza, por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (en adelante "DINCOTE") de la Policía Nacional del Perú, sin orden expedida por la autoridad judicial competente como presunta colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso.*
- *La señora María Elena Loayza Tamayo estuvo detenida por la DINCOTE desde el 6 hasta el 26 de febrero de 1993 sin haber sido puesta a disposición del Juzgado Especial de la Marina, en contravención del artículo 12.c del Decreto-Ley N° 25.475 (delito de terrorismo). En la DINCOTE permaneció 10 días incomunicada y fue objeto de torturas, tratos crueles y degradantes y de apremios ilegales, todo con la finalidad de que se autoinculpara y declarara pertenecer al Partido Comunista de Perú -Sendero Luminoso- (en adelante "PCP-SL"). Sin embargo, esta declaró ser inocente, negó pertenecer al PCP-SL y, por el contrario, "criticó sus métodos: la violencia y la violación de derechos humanos por parte de ese grupo subversivo".*
- *Durante los 10 días en que permaneció incomunicada no se le permitió comunicarse con su familia ni con su abogado, quienes tampoco fueron informados del lugar de detención. Su familia se enteró de la detención el 8 de febrero de 1993, por una llamada anónima. No se interpuso ninguna acción de garantía en su favor, porque el Decreto-Ley N° 25.659 (delito de traición a la patria) prohibía presentar el "recurso de hábeas corpus por hechos relacionados con el delito de terrorismo".*
- *El 26 de febrero de 1993 la señora María Elena Loayza Tamayo fue presentada a la prensa, vestida con un traje a rayas, imputándosele el delito de traición a la patria. Fue llevada al antiguo Hospital Veterinaria del Ejército - convertido luego en una "carceleta"- donde permaneció hasta el 3 de marzo del mismo año, cuando fue trasladada al Centro Penitenciario de Máxima Seguridad de Mujeres de Chorrillos.*
- *En el fuero privativo militar se procesó a la señora María Elena Loayza Tamayo por el delito de traición a la patria y, posteriormente, fue puesta a disposición del Juzgado Especial de Marina para su juzgamiento. El Juzgado Especial de Marina, integrado por jueces militares sin rostro, por sentencia de 5 de marzo de 1993, la absolvió. Posteriormente, el Consejo de Guerra Especial de Marina, enalzada, mediante sentencia de 2 de abril de 1993, la condenó. El Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar por sentencia de 11 de agosto de 1993, declaró sin lugar un recurso de nulidad que fue interpuesto, la absolvió por ese delito y ordenó remitir lo actuado al fuero común para el estudio del delito de terrorismo. El Fiscal General Adjunto Especial interpuso ante la Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Especial un recurso de revisión extraordinario contra dicha sentencia, el cual fue resuelto el 24 de septiembre de 1993 mediante sentencia que confirmó su absolución.*
- *La señora María Elena Loayza Tamayo continuó detenida en el período transcurrido entre la sentencia del Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar dictada el 11 de agosto de 1993 y el decreto de detención del fuero ordinario dictado el 8 de octubre de 1993, aun cuando durante ese período "su situación procesal fue la de detenida absuelta no procesada ni condenada".*

- *En la jurisdicción ordinaria se procesó a la señora María Elena Loayza Tamayo por el delito de terrorismo en varias instancias: el 43º Juzgado Penal de Lima dictó auto de instrucción el 8 de octubre de 1993. Dicha señora dedujo la excepción de cosa juzgada de acuerdo con el principio non bis in idem. El 10 de octubre de 1994 el “Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común” desestimó la excepción interpuesta y, con fundamento en los mismos hechos y cargos, la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad.*
- *Posteriormente a la demanda, la Comisión informó que contra dicha sentencia se interpuso recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, el cual fue declarado sin lugar el 6 de octubre de 1995. Durante el trámite, tanto en el fuero militar como en el fuero ordinario, la señora María Elena Loayza Tamayo permaneció encarcelada.*

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Cuáles medidas reparatorias considera usted que debiera adoptar el Estado del Perú?*
- *¿Cuáles medidas debiera adoptar el Estado del Perú para garantizar la no repetición de estas violaciones?*
- *¿Cómo evaluaría usted los perjuicios sufridos por María Elena Loayza para establecer una indemnización justa?*



3. MECANISMOS DE CONTROL INTERNACIONAL: ÓRGANOS Y PROCEDIMIENTOS

Es evidente que la sola consagración de los derechos humanos en instrumentos internacionales no garantiza su real y efectiva vigencia. Para ello **ha sido necesario desarrollar mecanismos de control internacional.**

Una cuestión que debemos recordar al analizar los mecanismos internacionales de control de los derechos humanos, es que estos se han estructurado en la práctica. Por ello, muchas veces, muestran ciertas contradicciones o lagunas que obedecen precisamente a un sistema que no ha evolucionado coherentemente, sino siempre motivado por urgencias humanitarias y la necesidad de idear formas eficaces de hacerles frente¹¹⁶.

La premisa básica a tener en cuenta es que los mecanismos se han estructurado en la práctica, por lo tanto, los sistemas están basados en la experiencia de los distintos tipos de violaciones de derechos humanos.

(a) De esta forma, el elemento que define a los sistemas de protección es la pregunta acerca de **QUÉ TIPO DE VIOLACIÓN** de derechos humanos es a la que debe hacerse frente y cómo encontrar una mejor forma de obtener un resultado oportuno y eficaz. La tipología generalmente aceptada está compuesta de dos clases de violaciones:

- Violaciones graves y sistemáticas.
- Violaciones individuales.

Actualmente, es posible distinguir aquellos mecanismos establecidos para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y aquellos establecidos para los casos de violaciones individuales. También podríamos señalar la existencia de una **tercera tipología**, cual es, la de las **violaciones estructurales de derechos.**

¹¹⁶ M. Nowak, 2003.

(i) Por una parte, puede que las violaciones de derechos humanos sean **graves y sistemáticas**¹¹⁷, es decir, **que obedezcan a una política de gobierno que las comete o que permite que se cometan por terceros que no sean oficialmente agentes del Estado**. El elemento determinante es la **planificación** de estas violaciones. Son **masivas**, pues se afecta a una gran cantidad de personas o se afecta a grupos determinados; son **sistemáticas**, pues concurre la planificación, la disposición de medios para llevarlas a cabo, existe coordinación e implementación estas políticas y quienes cometen las violaciones suelen quedar inmunes a las sanciones. Los derechos que suelen ser afectados son la vida o la libertad de conciencia, mediante desapariciones forzadas y tortura, entre otros derechos afectados.

Si las violaciones obedecen a una política del gobierno, el caso que se examine ante el órgano internacional no versará sobre una discrepancia jurídica entre el gobierno y el peticionario respecto a la interpretación o alcance de un derecho (como en los casos individuales); sino que el centro estará en determinar la veracidad de los hechos denunciados. La **intervención de los órganos políticos** del sistema internacional será fundamental para lograr una modificación de las situaciones, mediante la presión ante las instancias nacionales con capacidad de modificar la conducta violatoria de derechos humanos. Por lo tanto, el objetivo de la intervención de los órganos políticos es **modificar la conducta de quien detenta el poder**.

(ii) Por otro lado, las **violaciones aisladas** tienen como premisa que los Estados en los que los tratados internacionales están vigentes, estén sometidos al imperio de la ley, esto es, sean un **Estado de Derecho**. Si bien es posible que se presenten casos de violaciones de derechos, **el Estado en conjunto no está comprometido con dichas violaciones** y está dispuesto a realizar lo necesario para evitarlas. De esta forma, en principio, los casos de violaciones de derechos humanos debieran ser reparados en el propio Estado con el concurso de los poderes públicos y la opinión pública.

Sólo en el evento que **la violación no sea resuelta de forma satisfactoria internamente, opera el sistema internacional, ya sea a través de los mecanismos judiciales o cuasi judiciales**. Ambos mecanismos operan sobre la base de la buena fe del Estado, que buscará solucionarlas en el ámbito interno o en el campo internacional (mediante soluciones amistosas),

¹¹⁷ Un interesante estudio en Medina, 1988.

o bien, acogiendo la solución que establezca la instancia internacional. El objetivo de la intervención de estos organismos es **disponer de medidas de reparación y de no repetición**.

El sistema internacional de derechos humanos ha operado tradicionalmente bajo estos dos tipos de violaciones y ha estructurado los mecanismos para hacer frente a estas violaciones. Hoy, en cambio, la realidad es más compleja y me parece que es posible sostener una nueva categoría de violación de derechos humanos: las violaciones estructurales.

(iii) Para caracterizar las **violaciones estructurales** debe tenerse en consideración que en estos casos **es la organización del Estado, la institucionalidad, la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población** (situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos **estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias**, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos, es decir, existe un elemento subjetivo: la sociedad invisibiliza o justifica la violación. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran, lo que implica una respuesta compleja de los distintos actores del Estado.

(b) Para hacer frente a las dos categorías tradicionales de violaciones de derechos humanos, se han estructurado ciertos **ÓRGANOS DE CONTROL INTERNACIONAL**. Podemos distinguir básicamente tres: **políticos, cuasi-judiciales y judiciales**¹¹⁸. En el caso de las violaciones estructurales, se han utilizado estos mismos mecanismos, con los problemas que es posible imaginar del uso de procedimientos diseñados para un tipo diferente de violación.

(i) Los **políticos** son aquellos que se han utilizado para casos de **violaciones masivas y sistemáticas**. Son producto de resoluciones dictadas por los órganos políticos, compuestos por miembros representantes de los gobiernos (Consejo Económico y Social, la ex-Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, actual Consejo de Derechos Humanos). **Se dictan medidas de tipo político**, en base a un diálogo con el gobierno; **lo que pretenden es cambiar ciertas prácticas gubernamentales**.

¹¹⁸ En esta materia ver van Boven, 2000.

(ii) Los **cuasi-judiciales** se caracterizan por **emitir recomendaciones u opiniones a los Estados**, ya sea en conocimiento de casos individuales, informes de la situación de derechos humanos en los Estados miembros, y comentarios generales sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales. En esta clasificación podemos ubicar la labor que desarrollan el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH o el Comité), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Comisión Africana de Derechos Humanos, entre otros.

(iii) Los **judiciales** son aquellos en los cuales la protección se desarrolla a través de órganos, establecidos en los tratados de derechos humanos, que cuentan con facultades jurisdiccionales, esto es, con la **competencia para resolver conflictos de relevancia jurídica con fuerza obligatoria**. Estos órganos, a nivel internacional, son tres: la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana y la Corte Africana de Derechos Humanos. Podemos señalar que también la Corte Internacional de Justicia puede referirse a temas vinculados con derechos individuales.

Un desafío para el sistema internacional es ver cómo enfrentará con estos mecanismos ya consagrados internacionalmente las nuevas problemáticas en materia de derechos humanos, tales como las violaciones estructurales.

A continuación analizaré los principales aspectos de los mecanismos desarrollados en Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano de derechos humanos.

Caso Haití (1995)

- *Desde el golpe de Estado del 29 de septiembre de 1991, se estima que 3000 personas fueron asesinadas. En 1993, después de la firma del Acuerdo de Governors Island, la represión escaló a niveles alarmantes cuando la población alentada por dicho acuerdo expresó públicamente su apoyo al depuesto Presidente Aristide. Los casos de detenciones arbitrarias, palizas, allanamientos ilegales, confiscación de bienes e incendios, desapariciones forzadas y torturas se incrementaron, obligando a las víctimas y familiares a abandonar sus hogares y vivir en la clandestinidad. A mediados del año 1994, el Presidente Aristide declaró que el número de muertes bajo el gobierno de facto había ascendido a 5000.*
- *La represión ejercida por los militares durante este período trató de destruir todo tipo de organización y toda actividad de apoyo al régimen democrático, incluida la libertad de expresión. A partir de enero de 1994, el régimen de facto aplicó nuevos métodos, particularmente efectivos para sembrar el terror en la población, incluyendo prácticas*

como las violaciones sexuales cometidas contra las esposas o familiares de militantes en favor del retorno de Aristide. Al no localizar a estos, los militares, "attachés" o miembros del FRAPH abusaban de las mujeres y niñas que se encontraban presentes. De esta forma los abusos sexuales fueron utilizados como un instrumento de represión y persecución política. Otro método para aterrorizar a la población consistió en dejar los cadáveres de las víctimas severamente mutilados en las calles de Puerto Príncipe, los que eran carcomidos por los animales ante la inacción de las autoridades que detentaban el poder. Esos actos repudiables tenían la doble finalidad de impedir que la víctima fuera identificada por los familiares, obstaculizando así su presentación ante la justicia, y por otra parte de crear un ambiente de represión preventiva ante cualquier tipo de manifestación popular.

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Ante qué tipo de violaciones nos encontramos en este caso?*
- *¿Qué elementos deben tomarse en cuenta para determinar si existen "masividad" y "sistematicidad"?*
- *¿Hay ciertos derechos que deban verse afectados para que una violación pueda ser calificada como "masiva y sistemática"?*
- *¿Qué importancia tiene determinar el tipo de violación de que se trata?*

Caso Bulacio

- El 19 de abril de 1991, la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva o “razzia” de “más de ochenta personas” en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones del estadio Club Obras Sanitarias de la Nación, lugar en donde se iba a realizar un concierto de música rock.
- Entre los detenidos se encontraba Walter David Bulacio, con 17 años de edad, quien luego de su detención fue trasladado a la Comisaría 35a, específicamente a la “sala de menores” de la misma.
- El 20 de abril de 1991, el joven Walter David Bulacio, tras haber vomitado en la mañana, fue llevado en ambulancia cerca de las once horas al Hospital Municipal Pirovano, sin que sus padres o un Juez de Menores fueran notificados. El médico que lo atendió en ese hospital señaló que el joven presentaba lesiones y diagnosticó un “traumatismo craneano”. Esa misma tarde la presunta víctima fue trasladada al Hospital Municipal Fernández para efectuarle un estudio radiológico y regresado al Hospital Municipal Pirovano. Walter David Bulacio manifestó al médico que lo atendió que había sido golpeado por la policía, y esa noche fue visitado por sus padres en dicho centro de salud, aquéllos se habían enterado poco antes de lo sucedido a su hijo, a través de un vecino;
- El 21 de abril de 1991, el joven Walter David Bulacio fue trasladado al Sanatorio Mitre. El médico de guardia denunció ante la Comisaría 7a que había ingresado “un menor de edad con lesiones” y, en consecuencia, ésta inició una investigación policial por el delito de lesiones;
- El 26 de abril siguiente el joven Walter David Bulacio murió. El 30 de abril de 1991 el Juzgado recién mencionado se declaró incompetente y remitió la causa “contra NN en perjuicio de Walter [David] Bulacio por lesiones seguidas de muerte” al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción No. 5, que conoce de delitos cometidos por mayores de edad.

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- ¿Ante qué tipo de violación nos encontramos?
- ¿Cuál sería la respuesta del Estado ante una violación individual?, ¿cuándo entraría a operar la protección internacional ante éste tipo de violaciones?
- ¿Cuál es el objetivo de la protección internacional en estos casos?

3.1. El sistema de Naciones Unidas

En la Carta de la ONU se consagra el marco general sobre el cual se desarrolló el sistema de Naciones Unidas relativo a los Derechos Humanos¹¹⁹. Aparte del preámbulo, que recoge las aspiraciones generales tenidas a la vista al momento de suscribir dicho tratado, los artículos relevantes en materia de derechos humanos son:

- **Artículo 1.3:** *“Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el **desarrollo y estímulo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;**”*
- **Artículo 55 (obligaciones de los Estados):** *“Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:*
 - a. *niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;*
 - b. *la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativa; y,*
 - c. *el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”*
- **Artículo 56 (obligaciones de los Estados):** *“Todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.”*

En todo caso, la Carta no define qué se entiende por derechos humanos. Una primera aproximación al tema fue la idea de redactar un instrumento vinculante en materia de derechos humanos, esto es un tratado internacional. Mas los esfuerzos de las organizaciones no gubernamentales fueron insuficientes para persuadir a los Estados a que adoptaran un tratado de derechos humanos jurídicamente vinculante. **Sólo hubo consenso para adoptar una Declaración Universal de los Derechos Humanos como un "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse"**¹²⁰. Debieron pasar varios años para lograr la adopción de tres tratados generales, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su Protocolo Facultativo** y el **Pacto Internacional de Derechos**

¹¹⁹ Villán Durán, 2002.

¹²⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, preámbulo.

Económicos, Sociales y Culturales; pasaron otros diez años para que ellos entraran en vigencia¹²¹.

(a) En materia de **normas** nos encontramos ante una estructura dividida: a nivel internacional se conoce como **Carta de Derechos Humanos** al conjunto de instrumentos generales que se han dictado en el marco de Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966. Por otra parte, se han suscrito una serie de instrumentos específicos en materia de derechos humanos, constituyendo éstos un segundo sistema, basado en estos **tratados específicos de derechos humanos**, dentro de los cuales podemos destacar los siguientes: Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial (1969); Convención internacional para la supresión y el castigo del Apartheid (1973); Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

(b) En cuanto a los **órganos** vinculados con derechos humanos, el sistema de Naciones Unidas tiene una estructura dual. Por una parte, en **sistema basado en la carta de organización** y por otro, el **sistema basado en las convenciones específicas** sobre la materia.

(i) En el sistema de Naciones Unidas los órganos centrales de la organización tienen vinculación con materias de derechos humanos (Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social – ECOSOC- Secretaría Ejecutiva), y además, se han diseñado estructuras especialmente dedicadas al tema¹²². El rol de estos órganos frente a situaciones de violación de derechos humanos es solucionar dichas violaciones y cooperar con las obligaciones de los Estados.

Dentro de estos órganos especiales destacó la **Comisión de Derechos Humanos**, creada en 1946, que dependía del ECOSOC y que formulaba propuestas, recomendaciones y emitía informes. Su labor la podríamos caracterizar como eminentemente de tipo legislativo. Sus miembros eran representantes de los Estados y por tanto, era un órgano eminentemente

¹²¹ Los dos Pactos y el Protocolo fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP o Pacto) y su Protocolo entraron en vigencia el 23 de marzo de 1976; el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 3 de enero de 1976.

¹²² Buergenthal, 1998: 93-108.

político o de “control entre pares”. Frente a las críticas que recibió su funcionamiento, entre las que se incluía la su politización extrema y su falta de legitimidad, y además con el fin de resaltar la relevancia del tema de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas, **en 2005 se creó el Consejo de Derechos Humanos, que reemplazó a la Comisión**; si bien mantuvo el carácter de órgano político, su jerarquía cambió y pasó ser un órgano subsidiario de la Asamblea General¹²³. El Consejo tiene como funciones principales: enfrentar situaciones de violaciones de los humanos, incluidas violaciones graves y sistemáticas, prevenir las violaciones de los derechos humanos y responder a situaciones de emergencia en materia de derechos humanos.

Al momento de su creación el Consejo de Derechos Humanos heredó los **procedimientos** desarrollados por la Comisión, desarrollando en su primer año de funcionamiento los principales aspectos relativos a los procedimientos que utilizará para cumplir con sus funciones¹²⁴. Por una parte, destaca **un nuevo procedimiento de control, dirigido a todos los Estados: el Examen Periódico Universal**. A este procedimiento se someterán todos los Estados parte de las Naciones Unidas y busca ser un medio de control de la actividad de los Estados miembros de la Organización, evitando, por tanto, las acusaciones de selectividad que tanto daño hicieron a la antigua Comisión. **El control se hará sobre la base de la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos de derechos de que el Estado sea parte, así como de los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario que lo vinculen**. Esto es interesante ya que amplía la base normativa de control no solo a los tratados específicos de derechos humanos, sino que también a la normativa humanitaria, lo que abre las puertas a una mayor convergencia entre estos sistemas normativos.

Por otra parte, nos encontramos con un “nuevo procedimiento”¹²⁵, llamado **Procedimiento de Quejas**. Hasta ahora en Naciones Unidas destacaban, en primer lugar, aquellos procedimientos de tipo político, dentro de los cuales podemos señalar las Resoluciones 1235 y 1503 del Consejo Económico y

¹²³ <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/index.htm>

¹²⁴ Consejo de Derechos Humanos: Construcción Institucional (Resolución que fija los procedimientos del Consejo), 18 de junio 2007.

¹²⁵ Este es un aspecto muy débil de la nueva estructura. El procedimiento de quejas se ha formulado sobre la base de uno de los procedimientos más criticados de la antigua Comisión, la Resolución 1503 que establecía un procedimiento de carácter confidencial.

Social¹²⁶. El proceso para llegar a estos mecanismos es interesante porque demuestra la progresividad del sistema de control internacional. En el año 1947 la Comisión de Derechos Humanos dictó una resolución señalando que no puede seguir casos individuales –decisión ratificada por el ECOSOC-. En el año 1967, el ECOSOC, a través de la Resolución 1235 y luego, en el año 1970, por medio de la Resolución 1503 diseñó dos procedimientos para el conocimiento de casos o situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos (por ejemplo, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias). **El Procedimiento de Quejas adoptado el Consejo reemplaza al procedimiento 1503** (no es claro el destino del procedimiento 1235), prevé una mayor participación de las víctimas –aún insuficiente- y permite que el Consejo adopte medidas al finalizar su tramitación.

Otro procedimiento relevante en el sistema de Naciones Unidas es la elaboración de **Informes**, tanto los temáticos como de países por Relatores que son nombrados para abocarse al **estudio de una situación especial en que se vean afectados los derechos humanos**. La posibilidad de un control internacional a través de Relatores ha cobrado especial importancia en las últimas décadas ya que es visto como un sistema útil para poder conocer en detalle una situación de violaciones de derechos humanos y buscar soluciones directamente con los gobiernos involucrados.

Dentro del sistema basado en la Carta, no puede dejar de mencionarse a la **Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos**, creada por la Asamblea General mediante la Resolución 48/141, del 20 de diciembre de 1993. Sus funciones son: promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos; formular recomendaciones a los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas para mejorar la promoción y protección de todos los derechos humanos; promover y proteger el derecho al desarrollo; proporcionar asistencia técnica en la esfera de los derechos humanos; coordinar los programas de educación e información pública de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos.

¹²⁶ Los mecanismos a los que me refiero están establecidos por la ECOSOC, Resolución 1235 (XLII) del 6 de junio de 1967 y la Resolución 1503 (XLVIII) del 27 de mayo de 1970. Estos mecanismos esencialmente de carácter político, tenían como instrumento base la Declaración Universal de Derechos Humanos, no estaban sujetos a un procedimiento especial y tenían por objetivo final obtener algún cambio en materia de política interna del Estado. La principal diferencia entre los procedimientos era que el 1235 era un procedimiento público y el 1503 era secreto.

(ii) Actualmente, existe un amplio desarrollo del **sistema de tratados de derechos humanos** que contemplan una serie de órganos encargados de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados asumidas bajo cada tratado en particular. Estos **órganos cuasi-judiciales** se denominan **comités** y su trabajo se vincula directamente con cada uno de los instrumentos a los cuales están adscritos. La creación de los Comités puede ser convencional, a través de protocolos o por resoluciones de los órganos políticos¹²⁷. Los comités están compuestos por expertos independientes y por lo tanto no representan a los Estados.

En los sistemas de control y protección de derechos humanos contemplados en los tratados específicos también se contemplan procedimientos de protección de los derechos consagrados y de control de las obligaciones de los Estados. En el trabajo de los comités destacan tres procedimientos: **observaciones a los informes de los Estados parte, observaciones generales y casos individuales.**

- Para el control de las obligaciones se contempla un sistema de "**examen de los informes de los Estados**", que funciona sobre la base de informes periódicos que los Estados deben presentar a los comités a objeto de exponer las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos contenidos en cada una de las convenciones, los progresos realizados en el orden interno en la garantía y disfrute de tales derechos y los factores que impiden o dificultan el cumplimiento del tratado, es decir, su objetivo es controlar los avances y los problemas que se presentan en cada signatario de los tratados de derechos humanos en la implementación de estas normativas en el ámbito interno. Este procedimiento está basado en el intercambio de información entre el Estado, las ONG's que operan en cada Estado y a nivel internacional – informes sombra- y el propio Comité que formula las observaciones que estime pertinente luego de recibir la información y discutirla con el Estado a través de una audiencia pública destinada al efecto.
- Con el fin de ayudar a los Estados a elaborar informes, el comité elabora **Observaciones Generales** como guía para su preparación, las que precisan el contenido y alcance de los derechos humanos consagrados

¹²⁷ Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura, Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

en el respectivo instrumento. Las observaciones constituyen de algún modo jurisprudencia del comité respectivo.

- Como un mecanismo de protección de los derechos, algunos comités contemplan el **examen de comunicaciones individuales**. Estos procedimientos tienen por objeto determinar si en el caso concreto se ha producido una violación de un derecho o libertad convencional respecto de una víctima concreta. Se establecen al efecto procedimientos cuasi-jurisdiccionales donde las víctimas de violaciones de derechos consagrados en los convenios pueden recurrir, rendir pruebas (escritas) y el Estado tiene la posibilidad de plantear sus defensas. Todo ello termina con una resolución del comité donde se determina si ha habido o no violación de la obligación del Estado.
- Un cuarto mecanismo de control, que sólo se contempla en algunos tratados, es el **control internacional frente a violaciones sistemáticas**. Así, el Comité contra la tortura (artículo 20 del tratado contra la Tortura) y el Comité del CEDAW (artículos 8 y 9 del Protocolo del tratado sobre discriminación contra las mujeres) contempla un procedimiento especial para hacer frente a "situaciones" (práctica sistemática de tortura o violaciones graves o sistemáticas contra la mujer, respectivamente), que permite un activo rol del órgano de control (contempla la posibilidad de visitas in loco y disponer medidas específicas).

El mecanismo de casos individuales más desarrollados es el del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A continuación presento una breve reseña de este procedimiento:

Las comunicaciones se pueden dirigir al Secretario General de la ONU, quien ordena su distribución al Comité, o directamente al Comité. El Comité examina las comunicaciones en una etapa que, por razones metodológicas, examinaremos en dos partes.

1. La admisibilidad. Antes de que el Comité conozca el fondo del asunto, es preciso que examine si se cumplen una serie de requisitos para fundar su competencia y la admisibilidad de la comunicación. El Comité declara a veces inadmisibles una comunicación "por falta de fundamentación" (*non-substantiation*),

es decir, por considerar que los hechos expuestos no constituyen ni siquiera potencialmente "un caso"¹²⁸.

Cuestiones de competencia:

- Legitimación
 - **Activa.** Conforme a los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo, **sólo un individuo que alega ser víctima de una violación del Pacto puede someter una comunicación al Comité.** La legitimación activa sólo la tienen los individuos, no las personas jurídicas, pero eso no impide que muchas personas presenten un caso, siempre que cada una esté individualizada¹²⁹. La comunicación puede ser presentada por un **tercero que tenga un mandato de la víctima**, aunque no sea un abogado, **o que demuestra un vínculo con la víctima que haga aceptable suponer que lo que le pasa a ésta, lo afecta.** La jurisprudencia del comité ha señalado que también es posible que someta una comunicación al Comité una **víctima potencial**, es decir una persona que se encuentre en riesgo de que una disposición legal le sea aplicada afectando derechos consagrados en el Pacto¹³⁰.
 - **Pasiva.** Conforme al artículo 1 del Protocolo facultativo, el Comité sólo puede conocer de comunicaciones interpuestas contra **Estados que son parte del Protocolo.**
- Competencia material. El artículo 2 del Protocolo dispone que, para que haya competencia material, **es necesario que los hechos que se describan en la comunicación queden comprendidos dentro del ámbito de alguno de los derechos del Pacto.** Se discute si el derecho a la libre determinación del artículo 1 del Pacto puede ser objeto de este procedimiento, pero hasta ahora, el Comité no lo acepta¹³¹.
- Competencia en razón del tiempo. Según la jurisprudencia constante del Comité, **los hechos que se invoquen deben haber sucedido después de que el Pacto y el Protocolo Facultativo entraron en vigencia para ese Estado**¹³², **a menos que la violación sea continua**, es decir, sea una violación que tiene una fecha de comienzo anterior a la entrada en vigencia

¹²⁸ Ver CDH, *Kavanagh* (2002), párr. 4.2; *Krausser* (2002), párr. 6.5.

¹²⁹ CDH, *Lubicon Lake* (1990), párr. 32.1.

¹³⁰ Un buen ejemplo es el caso CDH, *Toonen* (1994).

¹³¹ Ver, por ejemplo, CDH, *Kitok* (1988), párr. 6.3. Para una crítica de esta posición, ver Joseph, et. al, 2000: 106-107.

¹³² Joseph, et. al, 2000: 33-35.

del control del Comité, pero que continúa o produce efectos después de esa fecha. Un ejemplo es el caso de una mujer indígena que fue privada de su calidad de tal por haberse casado con un no indígena antes de que el Pacto entrara en vigencia, lo que le impidió volver a su reserva años después de su divorcio, que tuvo lugar cuando el Pacto y el Protocolo ya estaban vigentes en Canadá. El Comité estimó que la violación primera había producido un efecto continuo, ya que la Ley Indígena en que se había fundado seguía vigente hasta el momento en que se presentó la comunicación¹³³ (en realidad esta no es una excepción porque el Comité tendría competencia más bien porque a la fecha en que entra en vigor su competencia, se produce la violación).

- Competencia en razón del lugar. El Comité ha sostenido que la responsabilidad del Estado es con **respecto a todas las personas que se encuentren dentro de su territorio y a todos los sujetos a su jurisdicción**. Esto significa que es atribuible al Estado la conducta violatoria de derechos humanos realizada por sus agentes, aunque éstos se encuentren fuera del territorio del Estado¹³⁴.

Otras cuestiones que debe examinar el Comité para determinar la admisibilidad:

- Requisitos de forma. De acuerdo con el artículo 2 del Protocolo, toda comunicación debe ser sometida **por escrito** al Comité. El artículo 3 dispone que **no debe ser anónima**, lo que no impide que el Comité pueda dejar en la confidencialidad el nombre de la víctima, aun frente al Estado¹³⁵, **ni debe constituir un abuso del derecho** a someter comunicaciones.
- Prohibición de examen de un asunto que esté siendo sometido a otro procedimiento internacional. El artículo 5.2.a) del Protocolo constituye una **prohibición de examen simultáneo por el Comité y otro órgano, pero el caso puede llevarse al Comité una vez que el otro procedimiento internacional ha concluido**, o incluso puede el Comité declarar el caso inadmisibile temporalmente, hasta que el otro procedimiento concluya¹³⁶. El Comité ha interpretado la expresión "otro procedimiento de examen o arreglo internacionales", sosteniendo que debe ser similar tanto en cuanto a la naturaleza del órgano que examina el caso (sólo órganos

¹³³ CDH, *Lovelace* (1981), párrs. 11 y 13.1.

¹³⁴ CDH, *López Burgos* (1981), párrs. 12.1, 12.2 y 12.3, y especialmente el voto concurrente del señor Tomuschat. Ver también UN doc. CCPR/79/Add99.

¹³⁵ CDH, *Aumeeruddy-Cziffra y otras* (1981), párr. 1.1.

¹³⁶ M. Nowak, 2003: pp. 695-696.

intergubernamentales o establecidos por un tratado entre Estados) como en cuanto a que la investigación lleve a un arreglo y/o decisión del caso individual.

- El agotamiento de los recursos internos. El artículo 5.2 del protocolo Facultativo dispone que **el Comité no examinará ninguna comunicación sin cerciorarse de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, a menos que la tramitación de estos recursos se haya prolongado injustificadamente**. Este requisito puede renunciarse por el Estado. En general, los recursos que deben agotarse son los que estén disponibles en la legislación del Estado y que sean efectivos. Además, la jurisprudencia constante del Comité ha sido exigir sólo el agotamiento de los recursos efectivos judiciales, particularmente, en los casos de alegaciones de violaciones graves de derechos humanos¹³⁷. El Comité también ha examinado la situación de la imposibilidad de agotar los recursos por carecer de asistencia jurídica gratuita, decidiendo que no es necesario agotarlos si la persona carece de medios económicos para ello¹³⁸.

2. El Examen del Fondo (méritos). El Comité **conoce en una misma etapa, la admisibilidad y el fondo del asunto, a menos que el Estado haya pedido, y el Comité consentido, su separación**. También el examen del fondo del asunto es **escrito** y toma la forma de una controversia entre el Estado y la víctima o el autor de la comunicación.

Las decisiones sobre inadmisibilidad, sobre el fondo del asunto o la cesación del caso **serán públicas**, así como las decisiones en que se solicite a un Estado no innovar para no causar daños irreparables a la víctima de una comunicación pendiente¹³⁹.

El Comité sólo puede examinar **pruebas escritas** y se exige que todo documento sea acompañado por una de las partes¹⁴⁰. Muchas pruebas sólo pueden ser proporcionadas por el Estado, por ejemplo, las transcripciones de un juicio oral y el Comité espera que las entregue como parte de su obligación de cooperar con los órganos internacionales.

¹³⁷ CDH, *Villafañe et al* (1997), párr. 5.2. Además, *Ellis* (1992), párr. 6.1, donde el Comité sostuvo que la posibilidad de pedir por gracia la conmutación de la pena de muerte no era un recurso en términos del art. 5.2.b

¹³⁸ CDH, *Henry* (1991), párr. 7.4.

¹³⁹ *Ibidem*, arts. 86 y 96.5.

¹⁴⁰ *Ibidem*, art. 94.

- **El dictamen, seguimiento y valor legal.** Al finalizar el examen del fondo del asunto, el Comité emite un dictamen en que **describe los hechos del caso, pondera la prueba y decide si ha habido o no una violación de un derecho del Pacto.** Si decide que se ha cometido una violación, normalmente **sugiere el tipo de remedio que considera efectivo.**

Ante el silencio del Protocolo Facultativo, **se discute el valor legal de los dictámenes** del Comité. **Una mayoría de autores estima que no son jurídicamente vinculantes**¹⁴¹. El Comité es de opinión que no es posible que un tratado internacional haya establecido un procedimiento que demanda tiempo y dinero, "para asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto [...] y la aplicación de sus disposiciones"¹⁴² y que éste no tenga ningún efecto legal. Las opiniones del Comité constituyen una interpretación de las normas de derechos humanos, dictadas por un órgano internacional, que tiene como función controlar la conducta de los Estados, por tanto los Estados no puede ignorar sin consecuencias¹⁴³.

En la medida en que los Estados están dispuestos a cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales, no parece posible sino concluir que un órgano establecido por ellos para pronunciarse sobre la compatibilidad o incompatibilidad de sus actuaciones frente a sus obligaciones internacionales debe ser considerado y, de hecho, hay Estados que cumplen con los dictámenes del Comité.

Partiendo de la base que sus dictámenes son para ser cumplidos, el Comité ha establecido un procedimiento de seguimiento de los mismos, que consiste en la designación de un relator, quien puede tomar las medidas y establecer los contactos apropiados para cumplir con su mandato¹⁴⁴. El Informe Anual del Comité contiene información sobre estas actividades de seguimiento.

¹⁴¹ Ver M. Nowak, 2003: 710-712.

¹⁴² Protocolo, preámbulo.

¹⁴³ Los Estados están conscientes de esto, como lo demuestra la decisión de Guatemala de poner término a las ejecuciones ordenadas en juicios sumarios llevados a cabo por tribunales militares que no cumplían con las normas del debido proceso, durante el procedimiento ante la Corte para absolver una consulta hecha por la Comisión Interamericana sobre la materia (ver Corte IDH. OC-3/83. Sobre esta Opinión Consultiva, ver Moyer y Padilla, 1984: 280-289). Otra demostración de la importancia que los Estados asignan a las opiniones es la dictación en el Perú de una ley, la No. 23506, que hace ejecutables las opiniones del Comité de Derechos Humanos con el solo "cúmplase" de la Corte Suprema peruana. Un interesante estudio sobre este tema de la implementación en el ámbito interno, en Krsticevic y Tojo, 2007. Además este libro contiene una serie de normas dictada en el ámbito interno y proyectos legislativos y administrativos que demuestran la complejidad de encontrar con una forma efectiva de implementación local de las decisiones internacionales.

¹⁴⁴ Reglamento, art. 95.

Caso Toonen

- *El autor (Mr. Toonen) milita por la promoción de los derechos de los homosexuales en Tasmania, uno de los seis Estados que constituyen Australia. Impugna dos disposiciones del Código Penal de Tasmania, los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123, por los que se consideran delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluida cualquier forma de contacto sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado.*
- *El autor señala que los dos artículos mencionados del Código Penal de Tasmania (vigente desde 1988) facultan a los oficiales de policía a investigar aspectos íntimos de su vida privada y detenerlo, si tienen motivos para creer que participa en actividades sexuales contrarias a los artículos citados. Añade que en agosto de 1988 el Director del Ministerio Público anunció que se iniciarían actuaciones en relación con los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 en caso de que hubiera pruebas suficientes de la comisión de un delito.*
- *Si bien en la práctica la policía de Tasmania no ha acusado a nadie de "relaciones sexuales por vías no naturales" o "relaciones contra natura" (artículo 122) o de "prácticas deshonestas entre personas del sexo masculino" (artículo 123) desde hace varios años, el autor observa que debido a su larga relación con otro hombre, su cabildeo activo ante los políticos de Tasmania y las informaciones difundidas en los medios de comunicación locales sobre sus actividades, así como a su labor de activista de los derechos de los homosexuales y su trabajo en relación con los casos de VIH y SIDA en homosexuales estima que su vida privada y su libertad se ven amenazadas por el mantenimiento de los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal de Tasmania.*
- *El autor sostiene además que en Tasmania ha habido y sigue habiendo una "campaña oficial y extraoficial de odio" contra los homosexuales y las lesbianas. Debido a esa campaña, el Grupo de Reforma de las leyes relativas a los homosexuales ha tenido dificultades para difundir información sobre sus actividades y abogar por que se despenalice la homosexualidad. Así, en septiembre de 1988 se denegó al Grupo autorización para instalar un puesto en una plaza pública de la ciudad de Hobart y el autor alega que fue intimidado por la policía por haber protestado con energía contra la prohibición.*
- *El autor sostiene que los artículos 122 y 123 del Código Penal de Tasmania violan el párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 17 y 26 del Pacto.*
- *El autor sostiene que no hay recursos eficaces contra los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123. En el ámbito legislativo la responsabilidad de promulgar y hacer cumplir las leyes penales incumbe ante todo a las jurisdicciones de los Estados. Como la Cámara Alta y la Cámara Baja del Parlamento de Tasmania están muy divididas acerca de la cuestión de la despenalización de las actividades homosexuales y de la reforma del Código Penal, se considera que esta potencial vía de enmienda es ineficaz. El autor también señala que no se dispone de recursos administrativos eficaces, puesto que éstos dependerían del apoyo de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras del Parlamento y ese apoyo no existe. Por último, el autor sostiene que no hay recursos judiciales en caso de violación del Pacto, ya que éste no se ha*

incorporado al derecho australiano y los tribunales australianos suelen ser reacios a aplicar tratados que no se han incorporado en el derecho nacional.

- *Australia es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos desde 1980 y firmó el Primer Protocolo en 25/12/1991*

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- *¿Existe legitimación de parte del señor Toonen para presentar el caso ante el Comité? ¿De existir legitimación, de qué tipo es esta?*
- *¿Existe competencia material?*
- *¿Existe competencia en razón del tiempo?*
- *¿Existe competencia en razón del lugar?*
- *¿Existe alguna prohibición que limite la competencia del Comité?*
- *¿Cree usted que se han violado los derechos invocados por el señor Toonen?*

3.2. El sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

Desde el siglo XIX en adelante, los Estados americanos se han organizado con el objetivo de alcanzar ciertas metas comunes. En un principio esta organización se vinculó, más allá de ciertas materias puntuales, principalmente con temas de defensa y materias de comercio. Sin perjuicio de lo anterior, hubo un desarrollo progresivo de materias vinculadas a los Derechos Humanos y, en particular, a institucionalizar los mecanismos de protección de los derechos que se iban reconociendo en los instrumentos suscritos por los Estados¹⁴⁵.

En el contexto post II Guerra Mundial se consagró un sistema interamericano de derechos humanos a través de la Organización de Estados Americanos (OEA). La Carta de la OEA, adoptada en 1948, señaló como uno de sus principios "los derechos de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, religión o sexo" (artículo 5 j.), para más adelante disponer que es un deber de los Estados Miembros el respeto "a los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal" (artículo 13). Al igual que en Naciones Unidas, la Carta de la OEA no definió los derechos humanos y de ahí la relevancia de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, documento que hoy se considera parte integrante de la Carta de la OEA¹⁴⁶.

El proceso de gestación de un documento vinculante culminó en la Conferencia sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica, donde el 22 de noviembre de 1969, se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴⁷. Esta Convención recoge un amplio catálogo de derechos civiles y políticos, establece ciertas obligaciones generales de los Estados, fija pautas para resolver conflictos de derechos y regula la suspensión de los mismos.

(a) Desde la década del '80 en adelante, el sistema interamericano ha desarrollado un amplio **sistema normativo** de protección de derechos humanos. Dentro de este

¹⁴⁵ En materia de derechos humanos, podemos destacar que en la Primera Conferencia, del año 1826, a través del art. 27 del "Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetuas", los Estados firmantes asumieron el compromiso formal de terminar con la esclavitud en sus países y de castigar drásticamente el tráfico de esclavos. Esta será la primera manifestación concreta de preocupación por parte de los Estados participantes de un encuentro de carácter continental, por reconocer una libertad fundamental del ser humano y disponer de los mecanismos necesarios para su vigencia y control. En la Octava Conferencia Panamericana (Lima, 1938), se aprueba por primera vez una resolución referente a los derechos humanos con un carácter específico, además de una "Declaración en Defensa de los Derechos Humanos" (Resolución XVI).

¹⁴⁶ Nikken, 1989: 65-100.

¹⁴⁷ La Convención entró en vigencia el 18 de Julio del año 1978, al ser depositado el instrumento de ratificación de Granada que dio el quórum necesario.

sistema destacan los siguientes instrumentos: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); el Protocolo a la Convención, relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

(b) En el sistema interamericano de protección de derechos humanos son dos los **órganos** encargados del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El año 1959 nace en el sistema interamericano de derechos humanos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁸, órgano encargado del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos. La Comisión Interamericana tiene una naturaleza cuasi-judicial, y ha desarrollado un intenso trabajo desde esa época fortaleciendo su presencia en el sistema interamericano. Hoy es un órgano de la Carta de la OEA que ejerce su competencia respecto de todos los Estados partes del sistema. La Comisión tiene una serie de funciones: estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que éstos le soliciten; actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención Americana sobre Derechos

¹⁴⁸ Fue creada en la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de 1959, celebrada en Santiago se estableció una estructura base y se fijó asimismo su finalidad central, cual era, la de "promover" los derechos humanos y se encargó al Consejo de la Organización de Estados Americanos fijar las atribuciones específicas.

Humanos, y rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos¹⁴⁹.

El año 1969, con la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se creó la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, la cual goza de funciones jurisdiccionales¹⁵⁰. La creación de la Corte Interamericana se enmarca en el esfuerzo jurisdiccional internacional en materia de protección a los derechos humanos, donde la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia constituyen los pilares del sistema orgánico y jurisdiccional de protección de los derechos humanos en el concierto internacional. La Corte Interamericana ejerce funciones jurisdiccionales en materia contenciosa, conociendo de casos individuales relativos a violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵¹ y puede, además, emitir opiniones consultivas¹⁵².

(c) En cuanto a los **procedimientos** en el sistema interamericano, la función de protección de los derechos humanos la ejerce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de los siguientes procedimientos: examen de casos o situaciones de violaciones a los derechos humanos; preparación y publicación de informes, actuación ante la Corte Interamericana y observaciones in loco.

A continuación se analizarán brevemente algunos de los elementos centrales de cada una de estas funciones.

i) Un primer procedimiento está basado en la carta de OEA y se refiere al **procedimiento de control de situaciones de violaciones de derechos**

¹⁴⁹ Ver artículo 41 de la CADH.

¹⁵⁰ Su antecedente más importante en el sistema interamericano es la Corte de Justicia Centroamericana, creada en 1907 y que

funcionó hasta 1918, sin perjuicio que dicha Corte no tuvo competencia en materia de derechos humanos.

¹⁵¹ Tiene competencia, además, para conocer de violaciones al párrafo a) del artículo 8 y art. 13 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII); además, la Corte se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura (Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle"* (1999), párrs. 180-191) y de la Convención de Belem do Pará (Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro* (2006)).

¹⁵² Artículo 64 de la CADH: "1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de

esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo,

podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados

Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle

opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".

humanos. Este procedimiento surge de la experiencia histórica frente a las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y se confunde con el desarrollo propio de la Comisión. Desde sus inicios en 1960, la Comisión tuvo como labor central afrontar casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y buscar, más por la práctica que por cualquier otro medio, el camino para actuar efectivamente ante este tipo de violaciones¹⁵³.

Sobre la base de su experiencia práctica, la Comisión desarrolló los **Informes sobre Países** o “**Country Reports**” para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas que sufrían los derechos humanos en el Continente¹⁵⁴. Los Informes sobre países se convirtieron en el medio más idóneo para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas, toda vez que este instrumento ataca una de las características fundamentales de dicho tipo especial de violaciones, esto es, dejar en evidencia las graves violaciones de derechos humanos que los Estados buscaban ocultar. La Comisión se encuentra facultada para realizar estudios sobre violaciones a derechos humanos ocurridas en el territorio de un determinado Estado Miembro de la Organización¹⁵⁵. Por su parte, las **visitas in loco**¹⁵⁶ son el medio fundamental con el que cuenta la Comisión para recabar la información que le permite acreditar y formarse la convicción sobre la real situación de los derechos humanos en el país que es objeto de la investigación.

ii) El segundo procedimiento de protección de derechos humanos consiste en el conocimiento de **denuncias individuales**. En esta materia el sistema interamericano contempla un sistema dual, dependiente de si los Estados han dado o no competencia a la Corte Interamericana. Respecto de todos los Estados parte del sistema interamericano de derecho humanos, la Comisión tiene facultades para recibir denuncias individuales en las que se aleguen violaciones aisladas de derechos humanos consagrados en aquellos instrumentos internacionales respecto de los cuáles la Comisión tiene competencia¹⁵⁷. El acceso a la Comisión es muy amplio y cualquier persona puede presentar un caso, incluso la Comisión de *mutuo proprio* puede iniciar una investigación. Los Estados también tiene esta facultad cumpliendo con ciertas formalidades¹⁵⁸. El procedimiento ante la Comisión es cuasi-judicial y se tramita fundamentalmente por escrito, aunque existe la posibilidad de

¹⁵³ Medina y Nash, 2007.

¹⁵⁴ González, 1998: 495-500.

¹⁵⁵ En un primer momento, y en uso de una interpretación amplia de sus facultades, no objetadas por los Estados, la Comisión realizó informes sobre violaciones a los derechos humanos en Cuba, Haití y la República Dominicana, siendo este Estado el único que permitió un estudio *in situ* de la situación

¹⁵⁶ Sobre esta materia ver Vargas, 1984.

¹⁵⁷ Al respecto ver Medina y Nash, 2007; Faúndez-Ledesma, 1999.

¹⁵⁸ CIDH. *Caso Interestatal* (2007).

que se cite a una audiencia para recibir prueba testimonial. Los casos ante la Comisión pueden terminar por solución amistosa, allanamiento del Estado, desistimiento de la víctima o por un informe final.

En aquellos casos en que el Estado ha dado competencia a la Corte, la Comisión está facultada para someter los casos contenciosos al conocimiento de la Corte Interamericana sobre la aplicación o interpretación de la Convención¹⁵⁹. Esta facultad es relevante ya que es el único mecanismo para que un individuo pueda hacer llegar un caso ante la Corte (el otro camino sería que el Estado presente el caso, lo que en la práctica no ocurre). El procedimiento ante la Corte es de carácter judicial, con recepción de pruebas escritas u orales. Las sentencias que dicta la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados y si en un caso determina que existe una violación a la Convención, está facultada para adoptar medidas de reparación¹⁶⁰.

Breve reseña del procedimiento de casos individuales:

A. El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La CIDH distingue claramente una etapa de admisibilidad y otra etapa de examen de fondo, la cual corre paralelamente con la de intentar una solución amistosa del caso.

1. La Competencia.

• Competencia en razón de la persona

- Legitimación activa: A diferencia de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la posibilidad de acceder al sistema de la Comisión mediante una denuncia o petición individual conforme al artículo 44 de la Convención, es amplia, es decir que permite que terceras personas distintas de la víctima, actúen ante la Comisión. Por lo tanto, las peticiones pueden ser presentadas por cualquier persona, grupo de personas u organizaciones no gubernamentales que cumplan los requisitos del artículo 44. En cuanto a la naturaleza de esta

¹⁵⁹ Artículo 61.1 de la CADH.

¹⁶⁰ Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en material de reparaciones, ver Nash, 2004 y Cap. III de este libro.

disposición, ha sido entendida como una *actio popularis*. Lo anterior es sin perjuicio de que toda comunicación deba tener al menos una víctima¹⁶¹, porque la Comisión no puede utilizar este procedimiento para pronunciarse *in abstracto* sobre una ley o práctica administrativa. Por otra parte, por disposición de su propio Reglamento, la Comisión puede iniciar, *motu proprio*, “la tramitación de una petición que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin”¹⁶².

La Convención ha establecido un requisito en relación a las organizaciones no gubernamentales que presenten peticiones. Para tener *legitimatio ad causam* éstas deben ser reconocidas por uno de los Estados miembros de la OEA, sin que sea necesario que el reconocimiento lo dé el Estado denunciado. Basta que el reconocimiento sea dado por cualquiera de los Estados miembros¹⁶³.

Asimismo, la Comisión puede recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado alegue que otro Estado ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención. Para ello, conforme a lo dispuesto por el art. 45 numerales 1, 2 y 3 de la CADH, los Estados podrán declarar que reconocen competencia a la Comisión para conocer de casos presentados por otros Estados parte (los que también deben haber hecho esa declaración). Estas declaraciones pueden ser por tiempo indefinido, por tiempo determinado o para casos específicos.

- Legitimación Pasiva. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 19 y 20.b) del Estatuto de la Comisión y 27 de su Reglamento, la comunicación debe estar dirigida contra un Estado que sea parte del sistema interamericano (OEA).

• **Competencia material**. La Comisión sólo puede conocer hechos que constituyan una violación a los derechos humanos consagrados en los instrumentos vinculantes del sistema interamericano que le dan esta competencia, esto es, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, respecto de todos los Estados

¹⁶¹ La jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional ha establecido que la víctima puede ser *directa*, cuando la violación la afecte directamente a ella; *indirecta*, en caso que la persona se vea afectada de manera secundaria por una violación dirigida a otra persona, como sería el caso de un padre por la expulsión del país de su hijo; o *potencial*, en el caso de una persona afectada generalmente por una ley que, aunque no se haya aplicado, implique por su sola existencia un obstáculo potencial para el ejercicio y goce de alguno de sus derechos humanos. Medina y Nash, 2007: 20.

¹⁶² Reglamento Comisión, art. 24.

¹⁶³ Medina y Nash, 2007: 21.

parte de la OEA; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de aquellos que la hayan ratificado¹⁶⁴. Además puede conocer materias relativas al Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)¹⁶⁵; la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura¹⁶⁶; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁶⁷; y respecto del art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹⁶⁸.

• **Competencia en razón del tiempo.** De acuerdo con el principio de derecho internacional aplicable a la materia, los hechos que se invoquen como constitutivos de violación deben haber sucedido con posterioridad a la fecha en que el tratado respectivo entró en vigencia para el Estado denunciado. Sin embargo existen excepciones a esta regla general. Tal es el caso de las violaciones continuas, como en el caso de las desapariciones forzadas. De hecho, en este caso, la Convención específica sobre la materia define el fenómeno como una violación continua hasta que no se compruebe el paradero de la víctima¹⁶⁹. Ha habido jurisprudencia de la Corte sobre este punto que sugiere que lo continuo es el ocultamiento de la detención, ya que cuando el cuerpo aparece y se comprueba que murió antes de entrar en vigencia la Convención en dicho Estado, la Corte ha decidido que no tiene competencia para conocer de la violación del derecho a la vida¹⁷⁰. En el mismo sentido, las leyes dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Convención y que al momento de la ratificación del instrumento vinculante estén vigentes podrán ser conocidas por la Comisión (en realidad esta no es estrictamente una excepción al principio general porque lo que se aplica es la violación al momento de entrada en vigor del instrumento, que es lo que fija la competencia). Hay que destacar, además, que en el caso del sistema interamericano, los Estados no pueden reclamar no haber tenido ninguna obligación en relación a los derechos humanos previo a la entrada en vigencia de la Convención, puesto que los Estados miembros de la OEA ya se encontraban

¹⁶⁴ CADH, art. 47.b. Corte IDH. OC-13/93, párr. 34.

¹⁶⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", art. 19.6.

¹⁶⁶ Reglamento de la CIDH, art. 23. Esto parece ser una interpretación del art. 16 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

¹⁶⁷ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. XIII.

¹⁶⁸ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, art. 12.

¹⁶⁹ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. III.

¹⁷⁰ Corte IDH. *Caso Blake- excepciones preliminares* (1996), párr. 33.

sujetos, antes de la Convención, a la Declaración Americana respecto de ciertos derechos.

- **Competencia en razón del lugar.** La CIDH sólo puede conocer de comunicaciones que se refieran a hechos que afectan a personas bajo la jurisdicción de los Estados Parte.

2. Fase de Admisibilidad. Esta fase comprende los trámites de presentación de la petición y decisión de la Comisión respecto de su admisibilidad, para lo cual se realiza un análisis de sus condiciones de forma y fondo. La Convención establece requisitos de admisibilidad similares a los del Protocolo Facultativo.

- Requisitos de forma. La Convención exige, en el art. 46.1.d), que la comunicación contenga el nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma de la persona o del representante legal de la entidad que somete la petición, por lo cual la comunicación debe ser escrita. Por su parte el art. 28 del Reglamento señala otros requisitos referentes a la información que deben contener las peticiones.

- Fundamentación de la petición. Innovando con respecto al Protocolo Facultativo del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, según el artículo 34 b. del Reglamento, la Comisión puede declarar inadmisibles una comunicación si resulta de ella misma o de la exposición del Estado que es manifiestamente infundada o su total improcedencia es evidente.

- Requisitos de Fondo. Las peticiones deben cumplir con los siguientes requisitos:

i) *Prohibición de examen de un asunto pendiente o resuelto por otra instancia internacional* (art. 46.1.c) CADH). El Reglamento de la Comisión amplía esta causal de inadmisibilidad al disponer que tampoco es admisible una comunicación que reproduce otra pendiente o ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional¹⁷¹, y precisa que un examen anterior en el contexto de un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión, que no decida sobre los hechos específicos de la comunicación, no

¹⁷¹ Reglamento Comisión, art. 33.

inhibe la admisibilidad de la comunicación, como tampoco la inhibe si el peticionario ante la CIDH es la víctima o su familiar y el peticionario ante el otro organismo es un tercero, sea un individuo o una entidad no gubernamental.

ii) *El agotamiento de los recursos internos.* Es una regla de derecho internacional que permite que el Estado pueda reparar por sí mismo una supuesta violación de sus obligaciones internacionales antes de que ésta pueda ser reclamada en el ámbito internacional. Esta regla se establece a favor de los Estados y es, por tanto, renunciable por ellos. Debe ser invocada por el Estado como excepción de admisibilidad en la primera actuación del procedimiento¹⁷². La Convención, en el artículo 46.2, establece posibilidades de exención de la obligación de agotar los recursos internos:

- No será exigible el agotamiento de los recursos en la jurisdicción interna en aquellos casos en que no exista en la legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que hayan sido violados.
- Tampoco será exigible en aquellos casos en que no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos contemplados en la legislación interna, o bien se le ha impedido agotarlos.
- Por último encontramos aquellos casos en que existe un retardo injustificado en la decisión sobre el recurso¹⁷³.

iii) *Plazo de prescripción de la acción.* De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 46.1 b) de la Convención, toda denuncia deberá ser presentada en un plazo de seis meses contado desde la notificación que se le haga al peticionario de la decisión definitiva dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado¹⁷⁴. Si el peticionario sostiene que no debe o no pudo agotar los recursos internos y que, por lo tanto, se encuentra en alguno de los casos de excepción del

¹⁷² Medina y Nash, 2007: 23-24.

¹⁷³ En una Opinión Consultiva sobre *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*, la Corte interpretó esta disposición y sostuvo que si, por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento (Corte IDH. OC-11/90).

¹⁷⁴ La Comisión precisa esto señalando en el art. 32.1 de su Reglamento que el plazo se cuenta "a partir de la fecha en que la presunta víctima haya sido notificada de la decisión que agota los recursos internos".

artículo 46 de la Convención, la petición "deberá presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión"¹⁷⁵.

3. Declaración de admisibilidad. Los informes de admisibilidad o de inadmisibilidad son públicos y deberán, además, ser incluidos por la Comisión en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA¹⁷⁶.

4. Las Medidas Cautelares. El Reglamento de la Comisión dispone que en caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario, la Comisión puede, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado que tome medidas precautorias para evitar un daño irreparable a las personas¹⁷⁷. Estas medidas pueden ser solicitadas en cualquier etapa del procedimiento en que sean necesarias.

5. La Solución Amistosa. El artículo 48.1.f de la Convención dispone que la Comisión "se pondrá a disposición de las partes interesadas" con el propósito de intentar una solución amistosa del caso. La Comisión reglamentó esta disposición en sus normas internas¹⁷⁸, disponiendo que:

- i. El procedimiento de la solución amistosa se puede llevar a cabo por iniciativa propia o de las partes,
- ii. Puede realizarse en cualquier etapa del examen del caso¹⁷⁹, pero siempre antes del pronunciamiento sobre el fondo de la petición,
- iii. Se inicia y continúa sobre la base del consentimiento de las partes¹⁸⁰,
- iv. La negociación puede ser facilitada por uno o más miembros de la Comisión, en caso que esto se considere necesario¹⁸¹;
- v. La Comisión puede dar por concluida su intervención en el procedimiento si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, si falta el

¹⁷⁵ Reglamento Comisión, art. 32.2.

¹⁷⁶ *Ibidem*, art. 36.1.

¹⁷⁷ Reglamento Comisión, art. 25.

¹⁷⁸ *Ibidem*, art. 40.

¹⁷⁹ *Ibidem*, art. 40.1.

¹⁸⁰ *Ibidem*, art. 40.2.

¹⁸¹ *Ibidem*, art. 40.3.

consentimiento de alguna de las partes o percibe falta de voluntad de la misma para llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos¹⁸²,

- vi. Si se logra un acuerdo se aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y la solución lograda, informe que se transmitirá a las partes y será publicado. El informe siempre deberá verificar el acuerdo de la víctima y sus causahabientes. Además, deberá velar por la compatibilidad del acuerdo con las obligaciones del Estado contenidas en la Convención, la Declaración y otros instrumentos pertinentes¹⁸³, y
- vii. Si no hay acuerdo, el trámite continúa¹⁸⁴.

6. El Examen de Fondo (méritos). En el examen de fondo de la petición se produce un intercambio de observaciones entre el peticionario y el Estado, teniendo cada uno un plazo de dos meses para hacerlas. En la etapa de investigación, la Comisión puede aceptar todas las pruebas que las partes estimen pertinentes, ya sea en forma oral o escrita.

La convocatoria de audiencia es una facultad y no una obligación de la Comisión¹⁸⁵ y en ella la Comisión puede recibir información de las partes con relación a alguna petición, caso en trámite, seguimiento de recomendaciones o medidas cautelares, etc. Además la Comisión puede solicitar del Estado aludido cualquier información que estime pertinente y recibir, si las partes lo solicitan, una exposición verbal o escrita de los hechos materia de la investigación.

Si el Estado no suministra la información solicitada la Comisión puede presumir que los hechos alegados en la petición son verdaderos¹⁸⁶. La aplicabilidad de la presunción no ha sido, en principio, rechazada por la Corte Interamericana¹⁸⁷.

7. Decisión del Asunto. Los Informes sobre el Fondo y su Valor Legal. El artículo 44.1 del Reglamento dispone que si la Comisión decide que no hubo

¹⁸² *Ibidem*, art. 40.4.

¹⁸³ *Ibidem*, art. 40.5.

¹⁸⁴ *Ibidem*, art. 40.6.

¹⁸⁵ *Ibidem*, arts.61 y sptes.

¹⁸⁶ *Ibidem*, art. 38.

¹⁸⁷ *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párr. 138.

violación, preparará entonces un informe que será transmitido a las partes y se publicará en el Informe Anual que ella elabora para la Asamblea General de la OEA. Si establece que hubo una o más violaciones, preparará un informe preliminar con proposiciones y recomendaciones que será transmitido sólo al Estado, fijándole un plazo para que informe las medidas tomadas respecto de las recomendaciones¹⁸⁸. La adopción del informe y su transmisión al Estado se notificará al peticionario¹⁸⁹.

Notificado el Estado, comienza a correr un plazo de tres meses dentro del cual (i) el caso puede ser solucionado, por ejemplo por un arreglo amistoso o por haber el Estado tomado las medidas recomendadas por la Comisión, o (ii) el caso puede ser enviado a la Corte, ya sea por la Comisión o por el Estado correspondiente. Si esto no sucede, la Comisión puede emitir su opinión y sus conclusiones sobre el caso y hacer nuevamente recomendaciones, fijando un plazo para que el Estado las cumpla. Se trata entonces de un segundo informe. Si el Estado no cumple con las recomendaciones, la Comisión decidirá, por mayoría absoluta de votos, si publica o no este informe¹⁹⁰.

Si el caso no se presenta a la Corte y la Comisión emite el informe del artículo 51, éste conlleva el fin del examen de la comunicación. Siendo este informe el término del procedimiento, se discute cuál es su fuerza legal. La Comisión ha invocado razones similares a las invocadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para sostener que el Estado está obligado a cumplir con las recomendaciones que se le hagan en dicho informe¹⁹¹, y existen además argumentos de **texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** que permiten sostener esta obligatoriedad. Desde la vigencia del Reglamento modificado el año 2003, se ha uniformado el procedimiento para decidir un caso, sea contra Estados partes en la Convención o contra Estados que no son partes, a diferencia de lo que sucedía con el Reglamento anterior. El Reglamento dispone un procedimiento común que dispone que se apliquen los artículos pertinentes del reglamento que regulan la etapa de decisión de los mismos a todos los Estados. La única diferencia que subsiste es que el caso contra los Estados que no son parte en la Convención, o que siéndolo no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, no puede ser remitido a este tribunal.

La Comisión ha solicitado a la Corte en varios casos que decidiera que el Estado había violado el artículo 51 de la Convención porque no había cumplido con sus recomendaciones. La Corte a partir del caso *Loayza Tamayo*, sostuvo que:

¹⁸⁸ *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párr. 138.

¹⁸⁹ *Ibidem*, art. 44.3.

¹⁹⁰ CADH, art. 51; Reglamento Comisión, art. 45.

¹⁹¹ Ver Cerna, 1998: 105-106.

“Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)”¹⁹².

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes”¹⁹³.

Con esto, la Corte acude a la Carta y a la Convención Americana para darle fuerza legal a las recomendaciones de la Comisión hechas de acuerdo con el artículo 51. Además, si aplicamos el principio de que cada disposición debe interpretarse de manera que tenga un efecto útil, parecería lógico darle algún sentido a la diferente formulación de los artículos 50 y 51.

¹⁹² Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo* (1997).

¹⁹³ Corte IDH. *Ibidem*, párrs. 80 y 81.

B. El procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La Corte sólo puede conocer de un caso cuando se haya terminado el procedimiento ante la Comisión, previsto en los artículos 48 a 50 de la Convención¹⁹⁴.

1. La Competencia.

• Competencia en razón de la persona.

- Legitimación Activa. Sólo los Estados Partes en la Convención y la Comisión tienen derecho a presentar un caso ante la Corte siempre que hayan reconocido la competencia de la Corte para ello¹⁹⁵. El Reglamento de la Corte fue reformado en el año 2000¹⁹⁶ para permitir que una vez que la demanda ante la Corte haya sido admitida, se trate a la víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, como verdaderas partes del proceso. Para ello el art. 24.1 les permite presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma. Otro avance de gran relevancia en este ámbito es el que se ha producido con ocasión de la más reciente reforma reglamentaria. A contar del año 2009 es la víctima, por medio de su representante, la única parte que litiga frente al Estado ante la Corte. Así, la carga de remitir una demanda con todos sus requisitos recae en las víctimas y no en la Comisión, con lo cual aquellas adquieren un protagonismo nunca antes visto en el procedimiento contencioso. La Corte ha tomado medidas para implementar adecuadamente esta reforma, como la creación de un fondo de asistencia legal a las víctimas y de la figura del “Defensor Interamericano”, quien podrá asumir la representación legal de las víctimas si ellas no pueden costearlo.

- Legitimación Pasiva, para que la Corte pueda conocer de un caso contencioso, es necesario que el Estado haya aceptado la competencia de la Corte. Según lo dispuesto por el artículo 62 de la

¹⁹⁴ CADH, art. 61.2.

¹⁹⁵ CADH, art. 62.3.

¹⁹⁶ Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y luego reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

CADH, ésta puede hacerse por una declaración de voluntad o por convención especial. La declaración puede ser pura y simple, o sujeta a condición de reciprocidad y puede hacerse en el momento de la ratificación o la adhesión o en cualquier momento posterior¹⁹⁷. Como la reciprocidad trata las relaciones entre Estados, no procede cuando la demanda es deducida por la Comisión¹⁹⁸. Además, la declaración puede tener condiciones en cuanto a su vigencia, puede ser indefinida, por un plazo establecido, para un caso determinado o en términos generales.

□ • **Competencia material:** La competencia de la Corte se remite a la Convención Americana, que constituye el derecho sustantivo que la Corte deberá aplicar. La Corte tiene también competencia para conocer de los casos en que se aleguen violaciones de los derechos del párrafo a) del artículo 8 (asociación) y 13 (educación) del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)¹⁹⁹ y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²⁰⁰. Además, se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²⁰¹ y respecto de la Convención de Belem do Para (violencia contra las mujeres)²⁰².

• **Competencia en razón del tiempo:** La competencia *ratione temporae* puede estar referida a una condición de admisibilidad de la demanda o a una condición de aplicación de la actividad jurisdiccional de la Corte. En el primer caso, ésta se refiere al plazo dentro del cual puede presentarse un caso al conocimiento de la Corte. En cuanto a la competencia de la Corte, la Convención se aplica a los Estados una vez que haya entrado en vigencia para los mismos, por lo cual la Corte no podrá conocer de casos cuyos hechos sean anteriores a esa fecha, a menos de que ellos configuren una violación continua.

¹⁹⁷ Convención, artículo 62.

¹⁹⁸ Corte IDH. OC-2/82, párrs. 29 y sgtes.

¹⁹⁹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", art. 19.6

²⁰⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. XIII.

²⁰¹ Corte IDH. Caso *Villagrán Morales y otros* (1999), párrs. 247-248; Caso *Cantoral Benavides* (2000), párrs. 180-191.

²⁰² Caso del Penal *Miguel Castro y Castro* (2006).

• **Competencia en razón del lugar.** Al igual que en el caso de la competencia de la Comisión, la Corte sólo puede conocer de comunicaciones que se refieran a hechos que afectan a personas bajo la jurisdicción del Estado supuestamente responsable de las violaciones a los derechos humanos que se han alegado.

2. Las medidas provisionales. De conformidad con lo preceptuado en el art. 63.2 de la CADH, la Corte, de oficio o a instancia de parte, puede ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes en cualquier estado del procedimiento, cuando se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y ello sea necesario para evitar daños irreparables a las personas.

La Corte puede actuar a solicitud de la Comisión incluso antes de que un asunto sea sometido a su conocimiento y si no estuviere reunida, se faculta al presidente, previa consulta con la comisión permanente de la Corte y eventualmente con los demás jueces, para decidir sobre la petición²⁰³.

La Corte o, si ésta no estuviera reunida, el Presidente, podrá requerir al Estado, a la Comisión o a los representantes de los beneficiarios, cuando lo considere posible e indispensable, la presentación de información sobre una solicitud de medidas provisionales, antes de resolver²⁰⁴. La Corte puede, adicionalmente, requerir datos de otras fuentes de información sobre el asunto, si lo estima pertinente²⁰⁵. Se ha establecido, además, que la supervisión de estas medidas provisionales se hará a través de la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de los representantes de los beneficiarios. La Comisión presentará observaciones al informe del Estado y a las observaciones de los beneficiarios de las medidas o sus representantes²⁰⁶.

3. La tramitación del caso. El procedimiento ante la Corte consta de una parte escrita y otra oral. La parte escrita se compone de la demanda, las observaciones a la demanda de la presunta víctima, o sus representantes²⁰⁷ y la contestación. La demanda debe notificarse por el Secretario de la Corte a los miembros de la Corte, al Estado demandado, a la Comisión (si ella no presentó el caso) y, acorde con el cambio del Reglamento sobre la participación de individuos, también al denunciante

²⁰³ *Ibidem*, art. 62.2; Reglamento Corte, art. 26.

²⁰⁴ Reglamento de la Corte, art. 26.5.

²⁰⁵ *Ibidem*, art. 26. 8.

²⁰⁶ *Ibidem*, art. 26. 7.

²⁰⁷ Reglamento de la Corte, arts. 33 y sgtes. .

original y a la presunta víctima, o sus representantes debidamente acreditados²⁰⁸. En la contestación, que debe realizarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda, el Estado puede aceptar los hechos²⁰⁹ o contradecirlos. Si pretende interponer excepciones preliminares, debe hacerlo también en esta oportunidad²¹⁰. En la parte oral, que se realiza por medio de audiencias, se desarrollan los alegatos de las partes y se escucha a los testigos y a los expertos²¹¹.

Las pruebas que las partes quieran aportar al proceso deberán ser ofrecidas en la demanda y en la contestación, o en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación. No se admitirán otras pruebas, a menos que se invoque fuerza mayor, un grave impedimento o hechos sobrevinientes²¹². La Corte puede procurar de oficio toda prueba que estime útil para resolver el asunto²¹³. La Corte ha señalado que a diferencia de los sistemas penales internos de los Estados, el Estado inculcado deberá aportar los medios de prueba que fijen los hechos y no podrá descansar en la imposibilidad que tenga la parte demandante para generar los medios de prueba, ya que en muchos casos ellos no pueden obtenerse sino que con la ayuda del mismo Estado.

4. El término del proceso. Un caso ante la Corte puede terminar por:

- i. Sobreseimiento, si ha habido un desistimiento²¹⁴;
- ii. Por allanamiento del demandado a las pretensiones del demandante²¹⁵;
- iii. Por solución amistosa²¹⁶; o
- iv. Por una sentencia²¹⁷.

²⁰⁸ *Ibidem*, art. 36.

²⁰⁹ Casos en que el Estado se ha allanado a la demanda: Corte IDH: *Caso Aloeboetoe y otros* (1991); *Caso El Amparo* (1995); *Caso Garrido y Baigorria* (1996); *Caso Benavides Cevallos* (1998); *Caso del Caracazo* (1999); *Caso Trujillo Oroza* (2000); *Caso Barrios Altos* (2001). Compare esto con los casos del 2007, donde prácticamente en el total de ellos el Estado se allana a todo o al menos parte de los hechos.

²¹⁰ Reglamento Corte, arts. 38 y 39.

²¹¹ *Ibidem*, arts. 42 y sgtes.

²¹² *Ibidem*, art. 46.

²¹³ *Ibidem*, art. 47.

²¹⁴ Reglamento Corte, art. 56.1.

²¹⁵ *Ibidem*, art. 56.2.

²¹⁶ *Ibidem*, art. 57. La Corte, sin embargo, puede decidir proseguir con el caso (art. 58).

²¹⁷ *Ibidem*, art. 59.

Si el procedimiento termina por sentencia, ésta es definitiva e inapelable²¹⁸. Si la Corte estima que ha habido una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, dispondrá "que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" y si ello fuera procedente, "que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada"²¹⁹. Dentro de los noventa días a contar de su notificación, las partes pueden solicitar a la Corte una interpretación del fallo, en caso de desacuerdo sobre su sentido y alcance²²⁰.

Los Estados Partes tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte²²¹, pero la Corte no tiene imperio para hacerlo cumplir. Sin embargo, la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado²²². El artículo 65 de la Convención dispone que la Corte informará a la Asamblea General de la OEA cuando un Estado no haya cumplido con un fallo y hará las recomendaciones que estime pertinentes.

²¹⁸ CADH, art. 67.

²¹⁹ *Ibidem*, art. 63.

²²⁰ *Ibidem*, art. 67.

²²¹ *Ibidem*, art. 68.1

²²² *Ibidem*, art. 68.2.

CASO CANTORAL HUAMANÍ Y GARCÍA SANTA CRUZ VS. PERÚ

- *Saúl Isaac Cantoral Huamaní vivía en Nazca con su esposa e hijos al momento de los hechos. Se desempeñaba desde 1987 como Secretario General de la Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (en adelante “FNTMMSP” o “la Federación”) y dirigió la primera huelga nacional minera por el reconocimiento del Pliego Nacional Minero del 17 de julio al 17 de agosto de 1988 y una segunda huelga nacional del 17 de octubre al 17 de diciembre de 1988.*
- *Consuelo Trinidad García Santa Cruz vivía junto a sus padres y sus familiares en Comas. Era alfabetizadora y estaba especializada en textilería. En 1984 fundó con otras mujeres el Centro de Mujeres “Filomena Tomaira Pacsi, Servicios a la Mujer Minera”, asociación dedicada a la capacitación y asesoría de los Comités de Amas de Casa en los campamentos mineros del país, y a atender las necesidades de las familias mineras. Fue durante su desempeño en dichas actividades que conoció a Saúl Cantoral Huamaní y se integró a las actividades de la Federación.*
- *El 9 de agosto de 1988, con ocasión de la primera huelga minera (supra párr. 58), Saúl Cantoral Huamaní fue secuestrado por sujetos armados que lo detuvieron violentamente, le inyectaron alucinógenos y lo condujeron a un lugar donde fue interrogado. Según declaraciones de Saúl Cantoral Huamaní ante un periódico, dicho secuestro habría sido obra de un grupo paramilitar autodenominado “Comando Rodrigo Franco”, conformado por agentes estatales.*
- *En octubre de 1988, en una asamblea celebrada durante la segunda huelga minera (supra párr. 58), Saúl Cantoral Huamaní denunció ante la asamblea general del Sindicato de Obreros Mineros de Shougang Hierro Perú que “ha[bía] recibido amenazas”. Declaraciones de Saúl Cantoral Huamaní y artículos periodísticos señalan que la autoría de dichas amenazas corresponde al “Comando Rodrigo Franco”.*
- *El 15 de diciembre de 1988, luego de que el sindicato firmara un acta con el gobierno, Saúl Cantoral Huamaní fue amenazado de muerte por un grupo de personas que se identificaron como miembros del Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, que irrumpió, mientras éste se encontraba con otros mineros, en campamentos que se habían levantado en la Universidad Mayor de San Marcos.*
- *El 6 de febrero de 1989 dos personas, interceptaron a Saúl Cantoral Huamaní en el centro de Lima y lo amenazaron de muerte. Estos sujetos se habrían identificado como miembros del Comando Rodrigo Franco.*

• De acuerdo con las investigaciones preliminares de la Policía, aproximadamente a las 23:30 del día 13 de febrero de 1989, el servicio de patrullaje de la Policía Nacional encontró los cadáveres de dos personas en la playa del estacionamiento del parque zonal Wiracocha. Se identificó inicialmente el cadáver de Saúl Cantoral Huamaní, con heridas producidas por seis impactos de arma de fuego, y posteriormente el cadáver de Consuelo García Santa Cruz. Junto al cadáver masculino fue hallada una cartulina con la inscripción “perro soplón, vendido, viva la huelga minera, viva el PCP” y el dibujo de la hoz y el martillo.

• Estos hechos se producen en el marco de un patrón de violaciones de este tipo existentes en aquella época en Perú. Las desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales se produjeron de forma sistemática entre los años 1989 y 1993, y han sido atribuidas a agentes del Estado u grupos vinculados con organismos de seguridad del Estado.

• Diversas Fiscalías han conocido del presente caso en estos 17 años sin que se haya conducido la investigación de manera efectiva para la individualización de los responsables, esto a pesar de los múltiples elementos que pudieron ser obtenidos de la escena del crimen, los testimonios de algunas personas que presenciaron el momento en que las víctimas fueron privados de la libertad, y del cúmulo de indicios sobre el móvil de las ejecuciones, que apuntaban desde un comienzo al autodenominado Comando Rodrigo Franco. Pese a las solicitudes de familiares de las víctimas, han existido años de absoluta inactividad investigativa desde que ésta se inició en el año 1989.

• Perú es Estado parte de la Convención Interamericana desde el 28 de julio de 1978 y reconoció competencia contenciosa a la Corte el 21 de enero de 1981.

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- ¿Es competente la Comisión Interamericana para conocer el del caso expuesto?
- ¿Existe legitimación para presentar el caso ante la Comisión? ¿De existir legitimación, de qué tipo es esta?
- ¿Existe competencia material respecto de la Comisión?
- ¿Existe competencia en razón del tiempo respecto de la Comisión?
- ¿Existe competencia en razón del lugar para la Comisión?
- ¿Existe competencia de parte de la Corte Interamericana para conocer el caso?
- ¿De qué formas debiera ser presentado el caso a la Corte Interamericana?
- ¿Existe competencia material y en el tiempo por parte de la Corte para conocer el caso?

III. RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL

Ya he señalado que el derecho internacional ha desarrollado dos sistemas paralelos para enfrentar situaciones graves de violaciones a los derechos humanos: uno centrado en la responsabilidad estatal y otro centrado en la **responsabilidad personal**, esto último a través de la justicia penal internacional²²³.

A continuación reseñaré algunos temas que han marcado el desarrollo de la justicia internacional como una forma de respuesta de la comunidad internacional ante ilícitos de trascendencia para la humanidad como un todo. Este es un punto relevante a considerar ya que el desarrollo de la justicia penal internacional está fundado en la idea de que hay ciertos crímenes que no sólo ofenden a las víctimas, sino que son una afrenta a la humanidad, entendiendo esta como un sujeto de derecho internacional²²⁴.

En este Curso nos centraremos en los siguientes temas:

- La justificación de la justicia penal internacional y su evolución histórica.
- La Corte Penal Internacional.
- Los crímenes internacionales.

1. LA JUSTIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Si bien la base de la jurisdicción se basa en el aspecto territorial, donde el Estado soberano del territorio donde ocurran ciertos ilícitos será el primer llamado a administrar justicia, es posible que en ciertos casos la decisión de procesar penalmente se desplace a otros foros distintos del interno²²⁵.

La base de esta decisión de traslado de la jurisdicción está en el objetivo común que presenta toda la protección internacional de derechos humanos: **proteger al individuo frente al Estado**. A objeto de lograr este fin se han explorado diferentes mecanismos, uno de los cuales es la **sanción penal**. La eficacia de la protección de derechos humanos vía la sanción penal internacional está dada por el reconocimiento de la necesidad de que los individuos respondan personalmente de los crímenes cometidos y no quede todo entregado exclusivamente a la

²²³ La justicia penal internacional abarca una serie de situaciones relacionadas, aunque diferentes, a lo que en términos estrictos podríamos denominar violaciones de derechos humanos (crímenes de guerra, crímenes de agresión, entre otros). Sólo para efectos de simplificar el acercamiento al tema, me centraré en aquellas materias más cercanas a los derechos humanos *stricto sensu*.

²²⁴ Werle, 2005: 79-81.

²²⁵ Ambos, 2008: 53-71.

responsabilidad estatal²²⁶. En este sentido, la amenaza de la sanción penal es un medio para disuadir y por tanto, prevenir la comisión de estos actos. Asimismo, la sanción penal, una vez ocurrida la acción criminal, busca un objetivo de **satisfacción de la víctima** y de **castigo al responsable**²²⁷.

Por tanto, podemos entender al derecho penal internacional como una **rama del derecho internacional que tipifica conductas especialmente graves para la comunidad internacional como crímenes internacionales y consagra mecanismos procedimentales para perseguir dichos ilícitos.**

Una aproximación contemporánea al tema de la justicia internacional surge en el período post primera guerra mundial²²⁸. En el propio Tratado de Versalles (1919) se dispone la creación de un Tribunal Internacional Especial para juzgar al Kaiser Guillermo II por “un delito supremo contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados” (artículo 227). Este proceso no condujo a ningún resultado práctico ya que el Kaiser se fugó y solicitó asilo en Los Países Bajos y así pudo evadir la acción de la justicia internacional. Además, respecto de los crímenes cometidos en la misma Primera Guerra Mundial por otros alemanes se produjo un interesante proceso -también frustrado- de juzgamiento. Iniciado el proceso de juzgamiento, Alemania reconoció el derecho de las fuerzas aliadas de juzgar a los infractores de las leyes y costumbres guerra en tribunales de aliados, pero ofreció juzgar ella misma dichos crímenes. Los aliados aceptaron el ofrecimiento con el siguiente resultado: de 901 casos a ser investigados, 888 fueron sobreseídos o finalizaron con declaraciones de inocencia; los 13 condenados finalmente no cumplieron la condena impuesta.

Sin duda que el paso central en materia de justicia internacional se dio en los procesos seguidos al final de la **Segunda Guerra Mundial**. **Los juicios de Nuremberg y Tokio** marcaron un hito en este tema, tanto por los esfuerzos de la comunidad internacional por no dejar en la impunidad los crímenes cometidos por el régimen nazi y por Japón; así como por las críticas que surgieron a la forma en la que se desarrolló este esfuerzo²²⁹. En el Tribunal Internacional Militar de Nüremberg (1945), así como en el Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente (Tokio, 1946) se persiguió la responsabilidad individual por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

²²⁶ Estoy en deuda con la profesora Cecilia Medina quien me iluminó respecto a esta visión unitaria de ambos sistemas normativos.

²²⁷ Esta ha sido la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana para justificar la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos. Por todos, ver *Caso Almonacid*, párr. 110. (En Línea) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. (Consulta: 07 Enero 2010)

²²⁸ Guevara, 2004: 691-735; Werle, 2005: 41-75.

²²⁹ Werle, 2005: 53-56.

Estos esfuerzos de justicia internacional dieron origen a un proceso de normativo muy interesante. Por una parte, la **Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los Principios de Derecho Internacional codificados en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (1946)**²³⁰. Posteriormente, se realizaron esfuerzos de **codificación** a través de la Comisión de Derecho Internacional²³¹. Como es de suponer, estos esfuerzos no avanzaron en el contexto de la Guerra Fría que – precisamente- congeló toda posibilidad de poner de acuerdo a las principales potencias de la época en dar pasos decisivos en este proceso.

No es casual, por tanto, que no sea sino hasta el **término de la Guerra Fría** que se dieron nuevos pasos en el ámbito de la justicia internacional. Serán los crímenes que se produjeron en el contexto de la guerra en la Ex-Yugoslavia y los hechos de que fue testigo la humanidad en Ruanda, que se avanzó en este campo²³². **El Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY, 1993)** buscó el juzgamiento de responsabilidad internacional por graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949; violaciones de las leyes y costumbres de la guerra; genocidio; crímenes contra la humanidad en conflicto armado, nacional o internacional, dirigido contra la población civil. Por su parte, el **Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR, 1994)** persiguió responsabilidad para los siguientes ilícitos: genocidio; crímenes contra la humanidad por ataque sistemático o extendido contra población civil por razones políticas, étnicas o raciales o pertenencia a una nación determinada; violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.

El proceso de los Tribunales especiales para la Ex-Yugoslavia y Ruanda, pueden ser objeto de críticas similares a las que recibieron los tribunales de Nüremberg y Tokio. Podemos resumir dichas **críticas** en las siguientes:

- Fueron una respuesta **ex post facto**. En este sentido son tribunales especiales y con jurisdicción retroactiva.
- Vinculado con lo anterior, en los casos de la Ex-Yugoslavia y Ruanda la justicia internacional penal recibió críticas muy por **problemas de selectividad** implícita en la medida que al definir ciertos factores de tiempo y lugar en que se debía centrar la investigación implicaba dejar fuera ilícitos de igual gravedad de los que se iban a juzgar.
- También se puede criticar en base a dos preguntas: **¿quién juzga? y ¿a quién**

²³⁰ Resolución 95 (I) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946.

²³¹ Se tradujo en un Proyecto de “Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, de 1954.

²³² Guerrero, 1999: 64-81; Werle, 2005: 62-67.

se juzga?, principalmente, por el problema de selectividad que se genera. Además, de que en algunos de estos casos existe un claro “**juzgamiento de los vencedores a los vencidos**” lo que afecta la legitimidad del sistema.

- Un tema muy criticado fue que en estos casos se juzgó responsabilidad penal en circunstancias que **no estaban tipificados con anterioridad los ilícitos** que iban a acarrear la responsabilidad penal internacional.
- Finalmente, una crítica que siempre ha estado presente respecto de la justicia penal ha sido la crítica que han formulado los Estados en orden a que esta forma de **jurisdicción internacional se arroga una actividad propia de las jurisdicciones internas**.

2. CORTE PENAL INTERNACIONAL

Frente a estas críticas el desarrollo de la Corte Penal Internacional implica un gran paso de la comunidad internacional para dar respuesta a estos cuestionamientos²³³.

En este sentido puede ser leído el artículo 1 del Estatuto de Roma²³⁴:

“La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”.

Por tanto, las principales características de la competencia de la Corte son:

- **Carácter permanente**, como una forma de superar las críticas a un tribunal especial *ex post facto*. Además, juzgará sólo hechos ocurridos con **posterioridad a su ratificación y no tendrá competencia retroactiva**.
- Juzgará sólo los crímenes internacionales más **graves**, los que estarán previamente tipificados en el propio Estatuto (artículos 5 y sgtes.).
- Juzgará solamente la **responsabilidad penal de personas** y no de Estados (artículo 25).

La Corte tendrá un **carácter complementario** de las jurisdicciones nacionales, esto es, sólo actuará en aquellos casos en que el Estado no pueda hacerlo o no quiera cumplir con esta obligación (artículo 17). Así, puede darse la complementariedad por voluntad (debido proceso), complementariedad por imposibilidad (colapso sistema), cosa juzgada (excepción fraude y falta debido proceso) y falta de gravedad de los hechos.

3. CRÍMENES INTERNACIONALES

A partir de las primeras experiencias de la justicia internacional se ha trabajado sobre la base de una triada de ilícitos internacionales:

- Crímenes de guerra
- Crímenes de lesa humanidad
- Crímenes contra la paz (agresión)

²³³ Guevara, 2004: 691-704; Werle, 2005: 67-75.

²³⁴ Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.

Si bien cada uno de estos ilícitos pueden ser estudiados desde una perspectiva histórica, para ver cómo han ido evolucionando, en este trabajo me centrare en el estado actual de la discusión, tomando como base el **Estatuto de Roma**. Opto por este acercamiento al tema toda vez que el Estatuto es el debate más actual sobre la materia y precisamente, la forma en que fueron conceptualizados corresponde a una respuesta a muchos de los debates que han estado presentes en torno a estos ilícitos. En cada ilícito veremos la forma del tipo, los elementos centrales de su construcción y la evaluación de cada ilícito²³⁵.

El **marco general** de la regulación de los ilícitos internacionales está contemplado en el artículo 5 del Estatuto de Roma:

“1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de **genocidio**;
- b) Los crímenes de **lesa humanidad**;
- c) Los crímenes de **guerra**;
- d) El crimen de **agresión**.

“2. La Corte ejercerá competencia respecto del **crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará**. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”.

• **Genocidio (artículo 6)**

El crimen de genocidio se consagra en el Estatuto de la siguiente forma:

“Artículo 6: A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

²³⁵ En este sentido, ver: McCormack, 1999: 635-667; Williams, 2000: 298-330. Asimismo ver Corte Penal Internacional, *Elementos Crímenes*, pp. 116-128.

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de genocidio:

- Un elemento central en la definición del genocidio es la necesidad de que concurra un elemento subjetivo: **la intención de cometer el crimen**, esto es, de exterminar a un cierto grupo.
- El grupo a ser exterminado debe ser un grupo **nacional, étnico, racial o religioso**.

Algunas cuestiones que es necesario tener en consideración en el crimen de genocidio:

- Si bien este es conceptualmente parte del delito de crimen de lesa humanidad, se mantiene su **tratamiento separado**, básicamente, por una cuestión de relevancia del ilícito en la historia del derecho penal internacional y por eso se le trató en forma autónoma.
- No hubo consenso en ampliar el tipo a otra categoría de grupos afectados, como son los **grupos políticos**.
- El acto es de exterminio **físico o biológico (se excluye lo cultural)**.

- **Crímenes de lesa humanidad (artículo 7)**

Los crímenes de lesa humanidad han sido definidos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional de la siguiente forma:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

(...)

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad:

- El ataque debe estar dirigido contra una **población civil**, lo cual es definido por el artículo 7.2 como "una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

- La característica del ataque es disyuntiva, puede ser “**generalizado**”, esto es, regido por un **criterio cuantitativo o “sistemático”** donde el elemento **planificación** es el central.
- Debe concurrir un elemento subjetivo, dado por el “**conocimiento del ataque**”.
- Finalmente, el acto con los requisitos señalados debe ser “**cometido en el marco de una política de estado o de una organización**”.

Algunos avances en el listado de actos que pueden constituir un crimen de lesa humanidad:

- Remueve el **nexo con conflicto armado** (internacional o nacional)
- Requerimiento de **gravedad disyuntivo**: puede ser definido vía su extensión o vía la sistematicidad. Esto despeja dudas acerca de si ambos elementos debían concurrir copulativamente.
- Aporta novedades en los actos que pueden constituir un crimen de lesa humanidad, donde se recogen algunos hechos emblemáticos en el mundo de derechos humanos: **el apartheid, la desaparición forzada; plantea, además, una visión amplia de actos contra la integridad personal más allá de la tortura; incluye las ofensas sexuales como actos que pueden constituir crímenes de lesa humanidad.**
- Se ha criticado que el tipo deja abierta la puerta a actos no expresamente tipificados. En la letra k) se señalan “**Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física**”. Esto puede ser un problema a la luz de la necesaria estrictez de los tipos penales.

- **Crímenes de guerra** (artículo 8)

Los crímenes de guerra han sido definidos por el Estatuto de Roma en los siguientes términos:

8.1 “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.

(...)

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de guerra:

- A partir del listado de actos que de ser realizados en el contexto general que fija el tipo penal del artículo 8, podemos concluir que los crímenes de guerra son crímenes del *jus in bellum*, esto es, son los **crímenes relativos a la forma en la cual se conducen las hostilidades en un conflicto armado**.
- Un elemento central para la configuración del ilícito es que los actos que se enumeran en el artículo 8 se comenten como parte **plan o política, o bien, como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes**. Por tanto, podrá ser un elemento definitorio que estos crímenes sean planificados o bien también funcionará como elemento definitorio la pasividad de los mismos. **No será necesario que estos requisitos concurren copulativamente.**

Algunos avances en el listado de actos que pueden constituir un crimen de guerra son:

- **Nivel de gravedad:** el Estatuto se refiere a los crímenes de guerra que se comentan bajo una cierta condición de gravedad, esto es, según el Estatuto, aquellos crímenes que se comentan ‘en particular’ como parte del plan o con gran magnitud. **No todo crimen de guerra será objeto de la competencia de la Corte**, sino sólo aquellos que se cometen bajo este contexto.
- **Extensión a conflictos internos:** el tratamiento que se da al genocidio es más precisa que en artículo 7, relativo a crímenes de lesa humanidad.
- Es interesante que en la construcción del tipo, al señalar los actos que pueden ser constitutivos de un crimen de guerra, **se haga mención a otros instrumentos distintos a las normas del derecho internacional humanitario**, como por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño (1989).
- **Sobre el uso de armas prohibidas, el Estatuto no cierra el listado.** Se establece una lista no exhaustiva.

- **Crímenes de agresión (artículo 5.2)**

Sobre el crimen de agresión, el Estatuto señala:

Artículo 5.2: La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

En la discusión del Estatuto **no hubo acuerdo sobre qué se entendería por “agresión”** y ello llevó a que se pospusiera la discusión y no se transformara este en un tema que impidiera que el Tratado se acordara.

Es interesante tener en mente cuál es a definición que al respecto ha dado la Asamblea General de Naciones Unidas (3314/1974):

“Es el uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de N.U.”

Algunos aspectos que deben ser tenidos en consideración:

- **No hay acuerdo sobre la definición de la agresión** y es especialmente difícil que se logre en un nuevo contexto político como el que ha planteado la “guerra preventiva” y la “guerra contra el terrorismo”.
- La definición del crimen de agresión dice relación con el *ius ad bellum*, esto es, el **derecho a hacer la guerra**.

Caso Dusko Tadic²³⁶

- El 30 de abril de 1992, la ciudad de "Prijedor", ubicada en Bosnia-Herzegovina, fue tomada por el Partido Demócrata Serbio con el apoyo de las fuerzas militares y de policía.
- Una vez que el pueblo fue capturado, los serbo bosnios realizaron ataques hasta desterrar toda la población no serbia (principalmente musulmanes).
- Durante estas incursiones, numerosos civiles fueron asesinados y robadas todas sus pertenencias por las fuerzas militares y paramilitares serbias y sus habitantes fueron llevados a los campos de Omarsaka, Keraterm y Trnopolje, donde recibieron continuos sufrimientos.
- De los 50.000 musulmanes que vivían en Prijedor, 43.000 fueron asesinados o debieron huir por los crímenes cometidos en su contra por las fuerzas serbo bosnias.
- Dusko Tadic, miembro de bajo nivel de la milicia serbo bosnia, participó en la destrucción de casas, negocios y otras propiedades no serbias. Además participó en la tortura y violación de decenas de musulmanas, confeccionó listas negras de intelectuales musulmanes y asesinó, a golpes, a balazos o a base de torturas a más de 30 detenidos. Entre ellas, forzó a presos a beber aceite para coches y obligó a un musulmán a arrancar los testículos de otro, que falleció.

PREGUNTAS RESPECTO DEL CASO

- ¿Qué crimen(es) internacional(es) habría cometido el Sr. Tadic?
- ¿Cómo se manifiesta el elemento subjetivo del crimen de Genocidio tipificado en el estatuto de Roma?, ¿Cuál es el "grupo" que ha sido víctima de éste crimen?
- ¿Es relevante que estos delitos hayan sido perpetrados en el contexto de un ataque sistemático o generalizado?

²³⁶ Caso Completo en: International Criminal Court (en línea)
<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Legal+Tools/Access+to+the+tools/>. (Consulta: 07 enero 2010)

IV. EL IMPACTO DEL SISTEMA INTERNACIONAL EN LOS SISTEMAS NACIONALES, EN PARTICULAR LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA

Un aspecto que es necesario tratar antes de terminar, es el impacto que está teniendo el sistema normativo internacional de protección de los derechos humanos en los sistemas nacionales. Ello nos debe llevar a preguntarnos **¿cómo se ha insertado en este proceso la incorporación del DIDH a nivel local?** Una mirada a los sistemas normativos preocupados de los derechos humanos revela un proceso de convergencia marcado por el paso desde la subsidiariedad del sistema internacional de derechos humanos, hacia una mayor interacción ente ambos sistemas.

En efecto, una primera etapa en la relación entre el sistema internacional y los sistemas nacionales estuvo marcada por la discusión acerca de la forma de incorporar las normas internacionales en el ámbito interno. Esto ha sido resuelto generalmente mediante decisiones normativas-constitucionales que han resuelto el tema del procedimiento de adopción de obligaciones internacionales y su recepción interna, así como la jerarquía de dichas obligaciones de origen internacional una vez que han sido recepcionadas en el ámbito interno. A partir de este proceso, la visión tradicional sobre la relación derecho interno – derecho internacional giraba en torno a ciertos temas puntuales o ciertos “puntos de contacto”. Pero se han dado pasos hacia una convergencia sustantiva entre ambos sistemas.

La etapa de incorporación formal ha ido dando paso a una segunda etapa caracterizada por la incorporación de los estándares sustantivos desarrollados en el ámbito internacional para resolver cuestiones internas de los Estado. Esta etapa está marcada por dos procesos: el impacto normativo institucional y el impacto a nivel jurisprudencial. En lo normativo, se ha desarrollado, desde fines de la década de los ochenta, un proceso de transformación constitucional, ya sea con el surgimiento de nuevos textos (Colombia 1991, Venezuela 1998) o de reforma de los mismo (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989). Este proceso ha permitido un debate en profundidad sobre los alcances de esta nueva realidad constitucional. Es importante tener en consideración que este proceso ha ido más allá de lo constitucional y explica los procesos de transformación legislativa en materia de procedimientos, estructuras institucionales de justicia, por solo mencionar algunos. Dichas reformas no son neutras, sino que tienen objetivos claros y precisos. Un primer objetivo ha sido obtener una garantía de los derechos y que estos se encuentren al alcance de

las personas. Un segundo objetivo es poder desarrollar sistemas nacionales compatibles con los compromisos internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

ETAPA FORMAL: CONSISTENTE EN LA INTEGRACIÓN DE NORMAS DE ORDEN INTERNACIONAL AL DERECHO INTERNO COMO FORMA DE AJUSTAR SU ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO A LAS NUEVAS EXIGENCIAS DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

ETAPA SUSTANCIAL: SE ARMONIZA EL DERECHO INTERNO CON LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS A FIN DE ENTREGAR UNA REAL GARANTÍA A LAS PERSONAS.

En materia jurisprudencial, el proceso más interesante ha estado dado en el ámbito de la jurisprudencia constitucional latinoamericana que ha incorporado el derecho internacional de los derechos humanos, en especial los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para ir configurando una concepción particularmente robusta de los derechos fundamentales. En efecto, el alcance que se ha dado a elementos centrales para configurar una idea de los derechos fundamentales (contenido y estructura de los estándares normativos, recepción constitucional amplia, límites y garantías del poder estatal) si bien no podrían calificarse como un nuevo paradigma, son sin duda, suficientes como para configurar, sí, una concepción particularmente garantista de los derechos fundamentales.

Claros ejemplos de esto encontramos en los razonamientos de los tribunales constitucionales en temas como obligaciones positivas de los Estados, restricciones y juicio de ponderación, bloque de constitucionalidad, estado de cosas inconstitucional, entre otras. Cada una marcada por las tendencias internacionales en materia constitucional y por los avances en la jurisprudencia internacional. Además, la incorporación de los estándares internacionales para resolver cuestiones en materia de procesos penales, marca una nueva forma de entender los derechos de los individuos frente al poder punitivo del Estado. En este sentido, nuevas interpretaciones en materia de derechos de las víctimas, obligación de juzgar los crímenes graves, el derecho a la verdad, presunción de inocencia, no

serían explicables sin un desarrollo de estas temáticas desde el ámbito internacional²³⁷.

Finalmente, me interesa esbozar algunas consecuencias de este proceso y respecto de las cuales es importante prestar atención. Actualmente, en el sistema interamericano hay dos elementos que nos sirven para una descripción general de la situación: la consolidación en el ámbito interno de una visión robusta de los derechos fundamentales y una percepción cada vez más cercana del sistema internacional.

En primer lugar, la recepción constitucional de estándares internacionales ha permitido el desarrollo de una visión robusta de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional latinoamericana. Podemos señalar como elementos relevantes de esta visión los siguientes:

- Los estándares normativos relativos a derechos individuales son incorporados en el texto constitucional como derechos subjetivos, exigibles frente al Estado;
- Estos estándares comprenden una visión amplia de las obligaciones del Estado y no sólo limitada a los derechos de libertad negativa, modelo superado históricamente. Esta visión amplia de los derechos implica la consagración no sólo de libertad, sino que también de derechos de participación y de igualdad para todos los ciudadanos, sin discriminación;
- Se desarrolla un cuerpo de mecanismos eficaces de protección de los mismos;
- A la vez, un sistema normativo que consagra derechos fundamentales contempla un rol activo de los órganos judiciales en cuanto intérprete de las normas de derechos fundamentales, sus principios y valores.

Todo ello ha llevado a configurar una interpretación de los derechos fundamentales con características particulares que la distinguen de los desarrollos europeos en la materia –aun sin cambiar de paradigma- y que pretenden ser una respuesta efectiva ante la realidad de nuestra región, que sea compatible, además, con las

²³⁷ García-Sayán, 2004.

obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. Podemos reseñar esta concepción de derechos fundamentales sobre la base de los siguientes elementos²³⁸:

- Estándar normativo sobre derechos individuales: la concepción que emana de la jurisprudencia constitucional interpreta estos estándares normativos como un sistema complejo de normas, integrado por principios y reglas. Los efectos concretos de esta interpretación han sido la configuración de derechos fundamentales a partir de principios constitucionales, la concreción de derechos fundamentales consagrados como principios y, en materia de solución de conflictos entre principios, la aplicación de la ponderación como instrumento hermenéutico. Además, estos estándares normativos han sido interpretados como obligaciones complejas que, en cada derecho, implican al Estado obligaciones positivas y de abstención.
- Recepción constitucional: la jurisprudencia constitucional regional ha interpretado que los derechos con protección constitucional son aquellos contemplados en los catálogos de derechos constitucionales y también gozan de esta protección especial aquellos derechos que pueden estar establecidos en otros lugares del texto constitucional (expresados como normas, ya sea principios o reglas), además esta protección especial se aplica a otros que son incorporados por vía interpretativa. Destaca en este punto el desarrollo amplio que se ha hecho de la institución del "Bloque de Constitucionalidad" y la tendencia a considerar la jurisprudencia internacional como fuente de los derechos (vía interpretación auténtica de los mismos).
- Funciones: la jurisprudencia constitucional regional entiende los derechos como un límite al poder del Estado que se expresa a través de las funciones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales. La función objetiva se vincula con la legitimación de las decisiones de los órganos del Estado; la subjetiva, con la garantía efectiva de derechos subjetivos iusfundamentales. La jurisprudencia ha dado un alcance amplio a esta función y, en particular, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado la institución del "estado de cosas inconstitucional" que permite redefinir, a partir de las necesidades de

²³⁸ La jurisprudencia comparada tiene su origen en casos de la Corte Constitucional Colombiana, Sala Constitucional de Costa Rica, la Suprema Corte Argentina y el Tribunal Constitucional de Perú. Un análisis comparativo que permite esta conclusión, en C. **Nash**, "La concepción de Derechos Fundamentales en América Latina. Tendencias Jurisprudenciales", (en prensa).

protección que plantea la realidad local, un diseño de garantía a través de esta figura. Esto ha permitido cumplir en forma sui géneris con las funciones objetivas y subjetivas en ciertos casos de violaciones estructurales de derechos fundamentales.

Un segundo elemento a considerar es el hecho de que a partir de un uso creciente de los estándares internacionales para resolver casos nacionales, se ha producido un acercamiento del sistema internacional al ámbito interno. Esta nueva realidad se traduce en una mayor utilización de sus mecanismos de protección por la sociedad civil. Sin duda que en la medida que esta percibe que el sistema internacional es capaz de solucionar temas que en el ámbito local no son posibles de ser solucionados, esta vía se ha ido transformando en una más de las posibilidades con las que cuentan las personas en la defensa de sus derechos. De esta forma, el sistema se torna en una posibilidad para todos los habitantes y no sólo de una cierta elite. Esta tendencia es posible observarla tanto a nivel universal (Naciones Unidas) como regional. En Naciones Unidas es evidente que el proceso de transformación en materia de derechos humanos, con la creación del Consejo de Derechos Humanos, es un claro ejemplo del rol que estos estándares cumplen al menos en lo formal en el concierto internacional. Un continuo trabajo normativo y un activo rol de control de los Comités es parte de este proceso.

A nivel regional, son tres los componentes de esta oleada. Por una parte, la **cuantitativa**. Son cada vez más los casos que llegan al sistema interamericano, la amplia puerta de entrada al sistema que configura el art. 44 de la Convención permite un acceso expedito y que las personas están utilizando; este proceso a nivel del sistema europeo es aún mayor con el acceso directo a la Corte (con una serie de problemas asociados). El segundo elemento es **cualitativo**, cada vez nos encontramos con casos que no corresponden sólo a afectaciones al derecho a la vida o la integridad personal, sino que comienzan a presentarse casos de mayor sofisticación (por ejemplo en libertad de expresión). El tercer elemento, es **subjetivo**, son cada vez más los actores que están pensando en el sistema; ya no son sólo un par de organizaciones internacionales las que presentan casos (tradicionalmente Cejil y Human Rights Watch), sino que nuevos actores se incorporan. Uno en particular me interesa destacar; la acción a nivel internacional de instituciones dependientes del Estado (defensorías nacionales en el caso latinoamericano).

* *
*

Este conjunto de elementos permite configurar un nuevo escenario para los derechos humanos a nivel nacional e internacional que justifica su estudio en forma rigurosa. Tanto a nivel nacional como internacional los derechos humanos cumplen un importante rol de validación de la actuación del poder público, por ello es necesario tener claro los alcances tanto de los sistemas normativos que van a cumplir dicho rol de validación y además, tener clara la forma en que ambos sistemas se relacionan e interactúan.

PREGUNTAS RELEVANTES DE LA UNIDAD

- **¿Qué podemos entender por una “visión amplia de las obligaciones del Estado?**
- **¿De qué manera se relaciona el DIDH con el derecho interno, específicamente con el derecho Constitucional?**
- **¿Cómo se manifiesta, en concreto, la evolución del sistema de protección Latinoamericano?**

V. ¿CÓMO ENFRENTAR UN CASO DE DERECHOS HUMANOS?

En materia de derechos humanos trabajar en el plano teórico es importante; es relevante poder fijar ciertos criterios, parámetros y ciertas definiciones generales que nos permitan comprender el marco teórico en el que se desarrolla la temática de los derechos fundamentales. Sin embargo, el momento verdaderamente crucial en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se encuentra en la práctica, es decir, cuando nos enfrentamos a un caso concreto de violación de derechos humanos.

Este ejercicio requiere de un conocimiento teórico previo y exige manejar un marco normativo y doctrinario que permita posteriormente identificar los problemas jurídicos del caso en estudio, los derechos afectados y violados, las limitaciones legítimas a los derechos y los criterios de atribución de responsabilidad al Estado.

En este contexto, el objetivo de esta unidad es fijar un marco general que permita a los alumnos y alumnas enfrentar con herramientas sólidas los casos con los que van a trabajar en el futuro. En esta MINUTA DE TRABAJO DE CASOS mencionaremos uno a uno los elementos claves para una adecuada lectura y resolución de un caso de derechos humanos.

1. PAUTA DE ANÁLISIS GENERAL

1.1. Afectar y violar un derecho humano, cuestiones distintas

Al examinar un caso desde el punto de vista de los derechos humanos, lo primero que se debe hacer es **identificar qué derecho está afectado**, para lo cual será preciso analizar cuidadosamente los hechos del caso. Este ejercicio nos permitirá saber qué artículo o disposición se va a aplicar para resolver el **caso concreto**. Asimismo, la identificación de los derechos afectados nos permitirá saber qué restricciones se pueden imponer a ese derecho (puesto que no siempre son las mismas), lo que finalmente nos permitirá concluir si el derecho fue violado o no.

Una vez identificados los derechos que se ven afectados en el caso en estudio, es necesario **examinar si el derecho ha sido violado**. Esto nos lleva de inmediato a una distinción trascendental: un derecho puede estar afectado, pero no

necesariamente esa afectación va a ser ilegítima. Es decir, **no todo derecho que ha sido afectado será un derecho violado**. Por ejemplo, el derecho de reunión en sitios públicos puede ser objeto de restricciones con el fin de proteger el derecho de los demás a desplazarse sin interferencias. Normalmente, la restricción consistirá en un aviso previo y la autoridad podrá negarlo por el lugar, la hora y el día en que se pretende realizar. La disposición que ordena el aviso previo es una afectación del derecho de reunión, pero es una **afectación legítima**, por lo que no constituye una violación.

Ahora, para resolver si la afectación de un derecho es o no legítima, será necesario, por una parte, **determinar el alcance y contenido del derecho** en cuestión y por otra, tener en consideración **las obligaciones internacionales** que el Estado ha contraído en relación a aquel.

1.2. Obligaciones del Estado

- **Las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos**
- **La responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos**
- **Elementos para atribuir responsabilidad al Estado**

Tal como señalamos, nos corresponde determinar el alcance y contenido del derecho identificado, y de acuerdo a ello, dilucidar cuáles son las obligaciones específicas que ha asumido el Estado con respecto a este derecho que nos parece ha resultado afectado, a la luz de los hechos del caso.

Nos preguntamos entonces **¿cuáles son las obligaciones que adopta el Estado respecto del derecho que hemos identificado como un derecho afectado?**

Al momento de determinar el contenido y alcance tanto de los derechos consagrados, como de los **compromisos internacionales del Estado**, debemos prestar atención a los parámetros o estándares que entregan los órganos de protección de derechos humanos que los propios Estados han creado con ese fin y que integran el sistema internacional de protección para garantizar los derechos. Este sistema no sólo busca **garantizar el goce de aquellos cuando el Estado falla internamente** en dicha labor, sino que también se ha establecido para proporcionarle al Estado **una guía de lectura e interpretación de estos derechos**, para efectos de su aplicación en el ámbito interno.

En este sentido, el alcance de los derechos protegidos y las obligaciones estatales deben enriquecerse con aportes tanto del ámbito internacional como del ámbito interno. Ambos sistemas han de ser vistos como un cuerpo de garantías de

derechos y no como dos entes absolutamente separados, como a veces pareciera desprenderse de ciertos planteamientos que conciben el Derecho Internacional “como un derecho extranjero que en algún lugar del mundo se está elaborando”. No, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es parte de un cuerpo de garantías de Derechos Fundamentales que viene a complementar lo que se hace en el ámbito interno: aporta criterios de interpretación y también establece mecanismos de garantía de los derechos.

Para determinar claramente a qué se ha comprometido el Estado al asumir **obligaciones internacionales** en materia de Derechos Humanos, debemos considerar que existen dos obligaciones generales ampliamente reconocidas en los Instrumentos Internacionales. En primer lugar, los Estados se comprometen a **respetar** los derechos, esto es, ‘a no vulnerarlos a través de órganos y aparatos del Estado; directamente por una acción u omisión’. Pero además de esta obligación de respeto, pesa sobre ellos la obligación de **garantizar** los derechos. Esta última supone una exigencia más amplia que importa organizar toda la función estatal para asegurar de manera efectiva el pleno goce de los derechos.

Entonces, una vez que hemos identificado un derecho afectado y hemos integrado el contenido y alcance de éste con las obligaciones internacionales que ha contraído el Estado, podremos responder a la pregunta **¿Qué significa respetar y garantizar el derecho en cuestión a la luz de los criterios y estándares que los diferentes órganos de protección han entregado? ¿Qué debía respetar y cómo, y qué medidas efectivas adoptó el Estado para garantizar tales derechos?**

Hasta este punto hemos identificado un derecho que se ha visto afectado, determinamos su contenido y hemos establecido a qué se obligó el Estado con respecto a este derecho. Pero para concluir que el Estado ha comprometido su responsabilidad internacional por la vulneración del mentado derecho, es necesario contar con algún elemento que nos permita atribuirle esa responsabilidad. Esto es, **debemos constatar la existencia de una determinada acción u omisión que vincule al Estado con la supuesta violación del derecho.** Preguntas como las siguientes pueden ayudarnos a encontrar el nexo de imputación que buscamos: ¿hay un problema con la legislación del Estado?; ¿es un problema de aplicación del poder ejecutivo?; ¿es la causa de la violación una errada interpretación del poder judicial? ¿cómo es el proceso y el acceso a la justicia?.

De lo anterior se desprende que, para concluir que se ha comprometido la responsabilidad internacional del Estado, es preciso, por una parte, verificar la

existencia de determinados hechos que configuren una violación de derechos y por otra, se requiere además que tales presupuestos fácticos puedan ser atribuidos al Estado. Para tal efecto, **cobra relevancia la pregunta acerca de quien a actuado o dejado de actuar**, pues si aquel ha sido un agente del Estado normalmente podremos afirmar su responsabilidad internacional.

1.3. La limitación legítima: suspensión y restricción de derechos

Identificado entonces el derecho afectado y conocidas las obligaciones del Estado en cuanto al mismo, nos corresponde determinar si es que en el caso concreto los hechos dan cuenta de una violación o si constituyen más bien una afectación legítima del derecho.

Como ya fue señalado, en ocasiones hay derechos que pueden aparecer involucrados en un caso como derechos 'afectados' pero que no han sido violados. En ese sentido, puede existir un derecho a la libertad o un derecho a la igualdad que aparece afectado, pero el análisis del caso llevará a la conclusión de que, a pesar de ello, el Estado cumplió sus obligaciones de respeto y garantía. Sin embargo, en otros casos, estos derechos no sólo estarán afectados, sino que además habrán sido violados.

Esto tiene que ver con algo que no abordaremos aquí y que dice relación con el hecho que, los derechos que el Estado se obligó a respetar y garantizar, a veces pueden ser objeto de **restricciones** o de **suspensiones** legítimas y en tales circunstancias ellos resultarán afectados, pero no vulnerados. Las condiciones bajo las cuales un derecho puede ser legítimamente restringido o suspendido han sido definidas por el derecho internacional de derechos humanos y consagradas en los Tratados sobre la materia.

En síntesis: una vez identificado el derecho y claras las posibles **restricciones** que el Estado puede imponer- de acuerdo a la obligaciones que éste ha contraído- es necesario proceder a examinar si la restricción que se aplicó es legítima o si, por el contrario, constituye una violación. Para ello, debe utilizarse la lista de requisitos:

1. ¿Había una **ley** que permitiera la restricción?
2. ¿Era el **objetivo** invocado uno de los que se podía invocar para restringir ese derecho?
3. ¿Era la restricción necesaria en una **sociedad democrática**? Para esto último:
 - a. ¿Era la restricción conducente para conseguir el **objetivo** invocado?
 - b. ¿Era **proporcional**?

- c. ¿**No había otra alternativa** para conseguir el objetivo que no fuera esa restricción del derecho?

En el caso de las **suspensiones**, también será necesario tener en cuenta algunas cuestiones antes de determinar que el derecho ha sido legítimamente suspendido:

1. ¿Estamos ante un **derecho que puede ser objeto de suspensión**?
2. Si es un derecho suspendible, ¿se cumplieron con las **formalidades** para declarar la situación de emergencia?
3. En cuanto al **fondo**:
 - a. ¿Es la suspensión una medida **proporcional**?
 - b. ¿Es la medida de suspensión conducente para conseguir el **objetivo** invocado?
 - c. ¿se ha **informado a la ciudadanía adecuadamente** del alcance de la suspensión?

Son estas algunas de las consideraciones que debemos tener en cuenta al momento de definir si la afectación al derecho corresponde a alguna de las formas legítimas de limitar los derechos.

1.4. La violación a un compromiso internacional atribuible al Estado y la obligación de reparar

Una vez efectuado todo este análisis, podremos corroborar si finalmente se han verificado determinados **hechos que constituyen la violación de un derecho**, a la luz de las obligaciones internacionales del Estado y en el marco de sus legítimas posibilidades de restricción y suspensión. Pero no debemos olvidar que para hablar de responsabilidad internacional también es fundamental indagar acerca de **¿quien ha violado un derecho humano?**, pues además de la constatación de vulneración de un derecho, aún hace falta determinar que ésta le es imputable al Estado. Por tanto, es preciso analizar si es que tales hechos- acciones u omisiones- han sido llevados a cabo por un agente del Estado que se encontraba en condiciones de comprometer la responsabilidad estatal.

Entonces si hemos determinado que un derecho no solo se encuentra “afectado”, sino que ha sido “violado” y dicha violación es atribuible al Estado, surgirá la **obligación de reparar dicha vulneración respecto de víctimas concretas**. Al situarnos en este punto, podremos distinguir tres momentos:

- | |
|----------------------------------|
| ▪ Violación de un derecho humano |
|----------------------------------|

- Daños que se causan en el caso concreto
- Materialización de la reparación

- a) El primer momento, **la violación de un derecho humano**; exige resolver ¿Cómo se violó el derecho?, ¿A quién le es imputable? y si podemos, por tanto, concluir que hay responsabilidad internacional del Estado.
- b) El segundo momento tiene que ver con la determinación de los **daños que se causan en el caso concreto a las víctimas de violación a sus derechos humanos**. Aquellos pueden ser perjuicios materiales e inmateriales y de acuerdo a ellos, será posible establecer las medidas concretas de reparación.
- c) Por último, será necesario determinar cómo se **materializa la reparación**. En este punto nos ayudará formularnos algunas preguntas tales como ¿Cuál es el tipo y entidad del daño que corresponde reparar? ¿Qué medidas se deben adoptar para hacer efectiva la reparación?

A partir de estas interrogantes se podrá plantear la cuestión de las medidas de reparación.

1.5. Resumen

- a) En resumen, los pasos que debemos efectuar para el análisis de un caso son: determinar los derechos afectados en el caso concreto
- b) determinar el contenido y alcance del derecho a la luz de la jurisprudencia y la doctrina
- c) determinar las obligaciones concretas del estado en el caso: aplicación de las obligaciones generales de respetar, garantizar y no discriminar
- d) determinar si estamos ante una afectación legítima por concurrir en la especie alguna forma de límite legítimo: restricción y suspensión de derechos a la luz de las normas internacionales.
- e) si no estamos ante un límite legítimo: hay una violación, los hechos concretos contradicen las normas internacionales.
- f) si esa violación del derecho es atribuible o imputable al estado, éste habrá comprometido su responsabilidad internacional.
- g) surge para el estado la obligación de reparar a las víctimas. corresponde determinar medidas de reparación para el caso concreto.

2. PAUTA DE ANÁLISIS DE CASOS: SUJETOS ESPECIALES DE PROTECCIÓN

2.1. Minuta de Casos

Para iniciar el estudio de casos, se deben analizar los siguientes puntos:

- a) Determinar los derechos afectados en el caso concreto (No equivale necesariamente a una violación de derecho)
- b) Determinar el contenido y alcance del derecho a la luz de la jurisprudencia (¿Cómo ha sido interpretado el derecho?)
- c) Determinar las obligaciones concretas del Estado en el caso de que se trate: aplicación de las obligaciones generales de respetar, garantizar y no discriminar.
- d) Determinar si se está ante una afectación legítima por concurrir en la especie algún límite legítimo: restricción y suspensión de derechos a la luz de las normas. Si la afectación es legítima, no habrá violación.
- e) Si no hay limitación legítima, existirá violación Existen derechos que admiten restricción y otros no.
- f) Verificar si la violación del derecho es atribuible al Estado. Si lo es, habrá comprometido su responsabilidad internacional.
- g) Obligación de reparar.

En esta minuta, se analizará la situación de determinados sujetos de derechos humanos, y su posición en el sistema internacional de derechos humanos como grupos especiales de protección. Entre los sujetos especiales de protección a analizar, destacan los niños, los indígenas y las mujeres. Se dará cuenta de la necesidad de una interpretación diferente de los derechos humanos y su sistema, en especial de su contenido y alcance, de las obligaciones del Estado y de las reparaciones. En otras palabras, el propósito es entender cómo las características del titular de los derechos pueden modificar el análisis del esquema precedente.

2.2. Aplicación de la minuta a ciertos sujetos de derechos

2.2.1. Necesidad de una interpretación particular²³⁹:

Partiremos de la premisa fundamental de que los derechos humanos han sido consagrados en distintos instrumentos, tanto a nivel interno o nacional como

²³⁹ Basado en texto "La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación ¿continuidad o cambio?", Claudio Nash Rojas.

externo o internacional. Sin embargo, los derechos humanos se insertan en un contexto histórico definido, por lo que tienden a aplicarse a la luz de ciertos criterios culturales propios de cada época. Esto, entonces, tiene como consecuencia que su aplicación debe considerar precisamente esos factores culturales, particularmente a la luz de un determinado sujeto protegido.

Tradicionalmente, el paradigma sobre el cual se aplicó el catálogo de derechos consistió en un sujeto con características particulares: hombre, propietario, de cierto grupo étnico, adulto, modelo de protección claramente restrictivo.

Frente a esta interpretación ampliamente excluyente, surgió entonces la necesidad de corregir estas prácticas de exclusión en atención al principio de universalidad, puesto que todas las personas son titulares de los mismos derechos. Y es que la efectividad de un sistema de protección de derechos humanos radica necesariamente en la realización del principio de universalidad, y por consiguiente, de la adopción de medidas particulares en atención a los distintos titulares de derechos. De esta forma, se justifica entonces un tratamiento diferenciado a ciertos titulares de derecho: por la lectura restrictiva que se ha dado a los derechos humanos y por la realización del principio de universalidad.

El principio de universalidad ha podido realizarse, consagrando nuevos instrumentos internacionales y nacionales que incluyan los derechos de aquellas personas que se han visto excluidas de protección por la interpretación restrictiva otorgada a los catálogos de derechos y libertades. También ha sido relevante la creación de mecanismos de protección que velen por la correcta aplicación de estos derechos.

La importancia de ampliar la protección del catálogo de derechos radica en la efectividad que se le da a la protección de principios fundamentales del sistema de derechos individuales. De esta forma, surge la necesidad de consagrar normas para sujetos particulares, y así darle efectividad a las normas generales.

2.2.2. Pauta revisitada²⁴⁰

Contenido y alcance de los derechos

Derechos de los pueblos indígenas.

Como ya se ha dicho, la pauta de análisis de casos puede modificarse dependiendo del titular de derechos ante el cual nos encontremos. Así, cabe hacer el análisis de una serie de variables que influyen directamente en la protección que se le otorgará al titular de derecho. En el caso de los indígenas, existe una vulnerabilidad y un factor cultural preponderante, que es lo que precisamente los diferencia de otro titular de derechos y de la protección que se le pudiere dar. Por esto es que las comunidades indígenas son miradas como titulares especiales de derecho.

Se analizará la situación indígena y las variables a considerar para la adecuada protección, entre ellas, la vulnerabilidad de la comunidad indígena, reflejada en la pobreza y marginación social en que se encuentra generalmente, y el factor cultural preponderante que viene a determinar en los casos, por ejemplo, la forma en la que poseen sus tierras o el concepto de familia que adoptan. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha evolucionado en torno a la problemática indígena y su tratamiento. En la práctica, en la jurisprudencia de la Comisión podemos distinguir diversas etapas respecto de la cuestión indígena que se consideran para su protección.

1. Primera aproximación: la protección

En una primera etapa se presenta una tendencia de la Comisión a estimar a los pueblos indígenas como un grupo débil, con bajo nivel cultural, al que había que proteger²⁴¹.

Se reconoce su discriminación y la violación de derechos humanos de miembros de comunidades.

2. Segunda aproximación: utilización del concepto de minorías.

²⁴⁰ Basado en texto El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción: aciertos y desafíos, Claudio Nash Rojas, Editorial Porrúa, 2008.

²⁴¹ CIDH, Informes anuales de 1972 y 1973, publicados en CIDH, Ten years of activities 1971 – 1981, pp. 328-329; también, ver Caso Tribu Guahibo en Colombia, publicado en Informe Anual 1973, OEA/Ser.L/V/II.32.

Se plantea que respecto de los indígenas, es aplicable la noción de minorías desarrollado en el ámbito de Naciones Unidas y que, por tanto, los mecanismos establecidos en el derecho internacional, en particular, la adopción de medidas especiales de protección establecidas por el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la materia.

3. Tercera aproximación: enfoque de derechos y los indígenas como titulares de derechos generales y particulares.

Un informe preparado en el año 2000 por la Comisión desarrolló temáticas de relevancia en torno a la situación indígena, siendo el mayor aporte la lectura desde la realidad de las comunidades indígenas²⁴²: la Comisión se preocupó de analizar derechos comunes a todas las personas desde una perspectiva particular, cual es, las necesidades de los titulares de derechos a partir de su realidad.

Jurisprudencialmente se analizan los derechos de las personas pertenecientes a comunidades indígenas a la luz de las particulares circunstancias de estos titulares de derechos: situación de hecho (principalmente su situación de pobreza y discriminación) y sus particularidades culturales²⁴³.

Así lo ha destacado la Corte:

“Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado”²⁴⁴.

²⁴³ “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, (2005), párr. 63.

²⁴⁴ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, (2005), párr. 51.

Considerando lo anterior, la Corte ha profundizado en temas como el derecho a la tierra, consideraciones especiales respecto del derecho a la vida y recursos eficaces.

Sobre el derecho a la tierra, el art. 21.1 de la CADH dispone “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.

La tierra – el derecho a ella, su uso y conservación - como reivindicación de las comunidades indígenas, se ha desarrollado en el caso Comunidad Mayagna Awas Tingni, donde se alegó que el Estado de Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad, ni tomado medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de esta comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales. Además, se alegó que el Estado había entregado una concesión en las tierras de la comunidad sin el consentimiento de la comunidad y sin garantizar un recurso efectivo para responder a las reclamaciones hechas.

En este caso, la Corte hizo una interpretación progresiva del derecho de propiedad, entendiéndolo a la luz de las particularidades del caso, como una institución indígena. Además, hace un vínculo entre el derecho a la tierra y la cultura indígena como base para el desarrollo cultural.

El concepto de dominio también es interesante de analizar, ya que en el caso no fue relevante la existencia de un título, bastó para determinar la propiedad de las tierras sólo la posesión de la tierra producto de la costumbre. Estatuyendo que el Estado debe registrar la tierra conforme a su derecho interno.

Sobre el derecho a la vida, en las sentencias de los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, la Corte formuló ciertas consideraciones en el ámbito del derecho a la vida y, en particular, respecto de la situación de los miembros de comunidades indígenas.

Señala la Corte, “Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”. Además, señala “En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los

recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia”²⁴⁵.

Respecto a los recursos efectivos, debemos analizar cómo un derecho es garantizado adecuadamente en la legislación interna. Cada derecho convencional debe ser garantizado por el Estado de forma tal que este pueda ser plenamente gozado y ejercido por las personas.

La Corte reconoce y analiza en el caso *Comunidad Mayagna* la legislación interna (Nicaragua), pero llega a la conclusión que, respecto de la delimitación y demarcación de territorio indígena, la legislación interna “no establece un procedimiento específico para la demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, atendiendo a sus características particulares”²⁴⁶.

En cuanto a la efectividad de los recursos, deben ser tramitados brevemente. De lo contrario, se tornan “ilusorio e inefectivos”.

Derechos de las mujeres

Tal como lo señalan las Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Humanos en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, existe una desigualdad de las mujeres respecto de los hombres en el disfrute de sus derechos; desigualdad que está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas²⁴⁷. En razón de esta situación de desigualdad, que tiene directa relación con la lectura restrictiva de los derechos humanos, es que se hace necesaria una nueva lectura de los derechos humanos, propendiendo -en este caso- a la igualdad entre hombres y mujeres. La lectura restrictiva de los derechos humanos, conjugada con los factores culturales, históricos y de tradición, son los que en definitiva implican la necesidad de dar un tratamiento especial a la mujer.

Es así como las Observaciones Generales del Comité han tratado esta temática, por cuanto “los Estados Partes son responsables de asegurar el disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. Según los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluida la prohibición de la discriminación por razones de sexo, para poner término a los actos discriminatorios que obstan al pleno disfrute de los

²⁴⁵ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, (2005), párr. 167.

²⁴⁶ Caso Comunidad Mayagna (2001), párr. 123.

²⁴⁷ Observación General del Comité de Derechos Humanos N°28, 5.

derechos, tanto en el sector público como en el privado”²⁴⁸. En el mismo sentido, es necesario también mencionar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la cual viene a dar una respuesta normativa a la problemática tratada²⁴⁹.

Dentro de las Observaciones del Comité también se reconocen ciertas situaciones en las cuales la mujer pudiera estar en una situación de mayor vulnerabilidad, así como las medidas que el Estado debe tomar. En la Observación 28, N°8, se expresa que “La mujer está en situación particularmente vulnerable en tiempos de conflicto armado interno o internacional. Los Estados Partes deberán informar al Comité de todas las medidas adoptadas en situaciones de esa índole para proteger a la mujer de la violación, el secuestro u otras formas de violencia basada en el género”.

Tenemos entonces una búsqueda por la igualdad en el goce de derechos entre hombres y mujeres, pero además, un reconocimiento a que la mujer de todas formas está en una situación de mayor vulnerabilidad en ciertos casos y por tanto, existirán obligaciones adicionales por parte del Estado respecto de las titulares de derechos.

A nivel interamericano, la Corte reconoce qué situaciones aparentemente neutras pueden, sin embargo, afectar a hombres y mujeres en formas distintas y por tanto, requerirán de tratos que reconozcan las legítimas diferencias de cada grupo de personas. Este reconocimiento de las condiciones y necesidades propias de las mujeres permite que ciertas políticas y conductas de los Estados que se presentan como neutras, pero que en la práctica provocan efectos perjudiciales para ellas, constituyan formas de discriminación y violencia. Así, la Corte, por ejemplo, distinguió que obligar a un hombre a arrastrarse sobre su vientre no era una conducta igualable en cuanto a sus efectos, que requerir el mismo comportamiento a una mujer embarazada.

En el caso del penal Miguel Castro Castro la interpretación que se hizo del Artículo 5 de la Convención, concordándolo con la Convención Belém do Pará y la Convención sobre eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, permitió considerar que, la violencia contra las mujeres fue una forma de control, y en ciertos casos, particularmente gravoso.

²⁴⁸ *Ibíd.* N°28, 4.

²⁴⁹ A modo de ejemplo, en esta Convención, en su Artículo 2 c), se señala que se debe “Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”

En el primer caso, la desnudez forzada y la indefensión al ataque son necesariamente tratos crueles y degradantes, no limitándose a la agresión sexual como penetración vaginal exclusivamente. Sobre los hechos, existen malos tratos que por la condición de mujer, resultan evidentemente más gravosos. Así por ejemplo, la situación de las mujeres embarazadas y las golpizas, además de la falta de atención médica, es un hecho más gravoso que para el resto de la población penal.

En el caso Campo Algodonero (2009) es evidente la discriminación, fuertemente influenciada por un patrón cultural. Con fecha 25 de septiembre de 2001 desapareció la joven Laura Ramos Monárrez de 17 años. Claudia Ivette González (20) y Esmeralda Herrera Monreal (15) desaparecieron el 10 y 29 de octubre de 2001 respectivamente. Las tres jóvenes desaparecen en Ciudad Juárez (México). Frente a la desaparición de las jóvenes sus familiares acudieron a las autoridades competentes, sin embargo, no fueron iniciadas a tiempo las investigaciones correspondientes, además de dar a entender que la desaparición de las jóvenes era de exclusiva responsabilidad de la familia y que éstas llevaban una vida reprochable, que había falta de cuidado de sus padres, etc., Esto demuestra la indiferencia, negligencia e insensibilidad de las autoridades frente al caso.

El 6 de noviembre de 2001 fueron encontrados los cuerpos de tres mujeres en un campo algodonero, identificadas posteriormente como las jóvenes Ramos, González y Herrera. Acá también ocurren una serie de irregularidades relativas a la identificación de las víctimas, diligencias probatorias, pérdida de información, entre otras.

La Corte hace una serie de consideraciones respecto del caso, dentro de las cuales destacan el contexto de vulnerabilidad de las mujeres en esta ciudad, considerando la fuerte discriminación contra la mujer que en este caso, radica en una concepción arraigada de roles de género y estereotipos.

Respecto del derecho a la vida, integridad personal y libertad personal, existe un incumplimiento del deber de garantía considerando el contexto en el que estaban inmersas las mujeres.

Sobre el derecho a las garantías judiciales y derecho a un recurso efectivo, la Corte señaló que este derecho tiene mayor relevancia y su cumplimiento debe ser más diligente cuando se trata de mujeres involucradas.

La violación al derecho a la igualdad y no discriminación radica en que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación.” (párr. 394).

En el caso de los derechos de los niños y niñas, la Corte señala que “el Estado no demostró tener mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran a las instituciones involucradas de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de las niñas.” (párr. 410)

Por último, en la situación de los familiares de las víctimas la Corte concluye que la violación de la integridad personal de los familiares se configura considerando las circunstancias sufridas durante todo el proceso, desde la desaparición de las jóvenes como el contexto general en que estos hechos ocurrieron.

En definitiva, a la hora de analizar temas relativos a la violencia contra la mujer se debe tener en cuenta su condición, y el hecho de que el trato otorgado resulta más vejatorio o gravoso que para otra persona.

Derechos de los niños y niñas.

El paradigma bajo el cual se realizó la lectura de los derechos humanos, además de la protección a hombres blancos, propietarios, entre otras características, estaba el ser mayor de edad.

Esta última premisa es la que viene a ampliarse mediante los derechos del niño y niña. La respuesta que ha dado el Sistema Internacional de Derechos Humanos ha sido de índole normativa, mediante la Convención de Derechos del Niño. Por ende, la pregunta que de inmediato surge es el porqué se requiere de una normativa especial frente a los niños y niñas, ante a lo cual, la UNICEF ha dicho que en este caso se requiere de un tratamiento especial considerando el desarrollo de los mismos, lo que justifica un catálogo de derechos específicos.

De esta forma, se ha entendido a nivel internacional que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño deben servir a la Corte para fijar el contenido y alcance de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana²⁵⁰. También la Corte ha señalado los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Las más relevantes son la no discriminación, asistencia especial a niños privados

250 Caso Villagrán Morales y otros (1999), párr. 194; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri (2004), párr. 166.

de su medio familiar, desarrollo del niño, derecho a un nivel de vida adecuado, y reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación²⁵¹.

La necesidad de una protección especial, en este caso, radica en que, según ha formulado la Corte, los niños son titulares de todos los derechos humanos, al igual que los adultos, y que el art. 19 de la CADH debe entenderse “como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”²⁵². En otras palabras, los niños requieren de protección especial por su condición de personas en desarrollo.

En cuanto a la privación de libertad de los menores de 18 años, se deben tomar las medidas necesarias para que la privación se aplique por el menor tiempo posible, tal como lo indica el artículo 32 b) de la Convención de los Derechos del Niño²⁵³.

Además, el Estado tiene una obligación respecto de los niños privados de libertad, asegurándose que la privación no destruirá sus proyectos de vida²⁵⁴. De ahí que la Corte haya vinculado la idea de “vida digna” con las obligaciones positivas que debe adoptar el Estado para garantizar efectivamente dicho derecho²⁵⁵. El fundamento radica en “que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de los adultos²⁵⁶. Lo contrario sería exponer a los niños a situaciones en las que podrían ser víctimas de abuso de la superioridad de los adultos, por su particular situación de vulnerabilidad²⁵⁷.

Obligaciones del Estado

Como se ha venido diciendo, lo que considera la Corte al enfrentar un caso donde se vean involucrados estos sujetos especiales de protección, dice relación con las características especiales que cada uno de ellos pueda presentar respecto de la mirada restrictiva que se dio en un principio a la lectura de los derechos humanos. Así, se considerará el desarrollo de niños y niñas, factores culturales y vulnerabilidad en indígenas, y en el caso de las mujeres, la igualdad y no

251 Caso Villagrán Morales y otros (1999), párr. 196.

252 Caso Instituto de Reeducción del Menor (2004), párr. 147. Ver en el mismo sentido, OC-17, párr. 54; y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri (2004), párr. 164.

253 Caso Instituto de Reeducción del Menor (2004), párr. 231.

254 Caso Instituto de Reeducción del Menor (2004), párrs. 161, 173 y 174. Ver en el mismo sentido, OC-17, párrs. 80-81, 84, y 86-88; Caso Villagrán Morales y otros (1999), párr. 196.

255 Caso Instituto de Reeducción del Menor (2004), párr. 176.

256 Caso Instituto de Reeducción del Menor (2004), párr. 172.

257 Caso Instituto de Reeducción del Menor (2004), párr. 175.

discriminación y cómo el género juega un rol preponderante en el análisis de casos. Es así como surge un deber más específico aun de protección para estas personas, y en consecuencia, la obligación del Estado al respeto a los Derechos Humanos pudiera verse modificada.

Para cumplir efectivamente con las obligaciones internacionales en materia de derechos se deberán promover los cambios culturales necesarios para garantizar que los derechos y libertades consagrados puedan ser efectivamente gozados y ejercidos por sus destinatarios. Así, por ejemplo, los pueblos indígenas en nuestro continente claramente pertenecen a estas categorías vulnerables respecto de las cuales los Estados deben implementar políticas culturales que les permitan un pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos.

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra en su artículo 2 la obligación del Estado parte de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. si el ejercicio de dichos derechos “no estuviere ya garantizado en el Estado por disposiciones legislativas o de otro carácter”. Así, este artículo establece la obligación de los Estados de preocuparse de que su legislación interna no contradiga dicho tratado, obligación complementaria del deber de garantía del artículo 1.1; también obliga al Estado a desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia.

La actividad del Estado, por otra parte, no debe circunscribirse sólo a la legislación, sino que deben tomarse todas las otras medidas de cualquier carácter, que posibiliten el pleno goce y ejercicio de todos los derechos humanos, las cuales deberán ser administrativas, de política públicas, u otras conducentes a los mismos fines.

Por tanto, no basta la mera abstención de violar derechos humanos, si no que se deben impulsar medidas positivas de protección, ya sea por la condición especial del sujeto o por su realidad.

Así, por ejemplo, existe la obligación especial de prevención y protección de la integridad personal ante un contexto de mayor peligro de sufrir violaciones. En el caso Velásquez Rodríguez, la Corte ha dicho que los Estados deben prevenir, investigar y sancionar, integrando todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que promuevan la protección de los derechos humanos.

En virtud de este deber de prevención, se ha afirmado que, en algunos casos, corresponde a los Estados otorgar una protección especial y más personalizada con el fin de prevenir posibles violaciones dirigidas a personas específicas que se encuentran expuestas a un peligro claro e individualizado²⁵⁸ del cual tiene conocimiento el Estado, especialmente, cuando aquel se enmarca en un contexto generalizado de violaciones.

Lo dicho, puede reflejarse en el caso Fernández Ortega. La señora Fernández, indígena, fue víctima de violación y humillaciones varias por parte de militares, a modo de intimidación para interrogarla por el paradero de su marido. Al respecto, claramente existe una situación de vulnerabilidad de la víctima. La obligación de garantizar el goce igualitario de los derechos sin discriminación supone la adopción de medidas positivas y especiales en favor de quienes se encuentran en desventaja para ejercer sus derechos²⁵⁹.

En materia de niños, merecen ser destacadas las obligaciones referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.

En razón de los argumentos expuestos, refuerza esta obligación especial del Estado en situaciones de vulnerabilidad, las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad²⁶⁰. Estas últimas establecen una serie de pautas de conducta, en materia de procedimiento, organización y actuaciones judiciales, dirigidas a los operadores de la justicia, con el objeto que identifiquen quienes se encuentran afectados a una situación de vulnerabilidad,

²⁵⁸ Ver Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 280; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140, párr. 123; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 155; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N° 192, párr. 78. En el mismo sentido: Medina Quiroga, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005, p. 96.

²⁵⁹ Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18 sobre la No Discriminación, 1989, párr. 10. "El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto". Ver también David, V. y Nash, R. "Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos" en Derechos Humanos y Juicio Justo, Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos (COLAM), Perú, 2010, pp.172-181.

²⁶⁰ Este Conjunto de disposiciones surgió del trabajo de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada en marzo de 2008, dando así continuidad a las preocupaciones plasmadas en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, aprobada seis años antes.

brinden un tratamiento acorde a dicha condición y procuren que la tutela judicial de sus derechos sea realmente posible²⁶¹.

Reparaciones

La Corte ha señalado que la condición de vulnerabilidad de las víctimas de violaciones de derechos humanos tiene una repercusión en materia de reparaciones. Esta situación de vulnerabilidad de las víctimas ha sido considerada por la Corte para justificar una determinada interpretación y aplicación de normas al caso concreto. Puede que el tipo de respuestas que se exijan al Estado en respuesta por el daño provocado por una violación de derechos humanos en contra de personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad tengan un carácter más estructural y amplio.

La Corte ha exigido en estos casos, como medidas de reparación, algunas que no solo miran a dar una compensación y satisfacción a las víctimas individualmente consideradas, sino que estas medidas también han implicado la adopción de políticas públicas en distintos ámbitos, así como capacitaciones y otras medidas que ayuden a modificar las estructuras que facilitan la violación de sus derechos.

Las medidas destinadas a garantizar que las violaciones que conoce la Corte no se repitan, son uno de los instrumentos más eficaces con que cuenta el sistema para abordar las causas de las violaciones estructurales. A través de medidas de este tipo se pueden imponer cambios institucionales y promover cambios culturales que permitan superar desde la base las causas que ponen a las víctimas de violaciones estructurales en situación de vulnerabilidad. Promover medidas de cambio institucional (no sólo legislativas, sino que de tipo administrativo, de políticas públicas, etc.) y cultural (campañas de educación, campañas de cambio cultural) pueden ser eficaces en la medida en que también sean combinadas con un proceso de seguimiento y supervisión tanto por parte de los órganos de control como de la sociedad civil.

²⁶¹ En la exposición de motivos de estas “100 Reglas” los Estados admitieron que de poco servía reconocer “formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”

BIBLIOGRAFÍA

V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2004

V. Abramovich, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, en *Revista de la CEPAL*, N° 88, abril 2006

B. Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, Vol. I, 1991

R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 2002

----- Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002

K. Ambos, *Derecho y Proceso penal internacional. Ensayos críticos*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, D.F., 2008

M., Bellomo, *La europa del derecho común*. Galileo Galilei, Roma 1996

C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003

T. Buergenthal, C. Grossman & P. Nikken, *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Editorial Jurídica de Venezuela, 1991

----- *Derechos Humanos Internacionales*, México, editorial Gernika, 1998

A.A. Cançado, “La Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001

M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid-España, 2003

C. Cerna, "The Inter-American Commission on Human Rights: Its Organization and Examination of Petitions and Communications", en D. Harris y S. Livingstone (editores), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998

Cristi y Ruiz-Tagle, "¿Qué es el Constitucionalismo?", en *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo republicano*. Lom Ediciones, Serie Sociedad y orden jurídico, Chile, 2006.

A. Dulitzky, "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I, IIDH, San José Costa Rica

H. Faúndez-Ledesma, "La protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia", en T. Buergenthal (editor), *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B. Sohn*, N.P. Engel, Kehl, Alemania, 1984, pp. 101-126

----- *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999

L. Favoreu, "Ponencia francesa", en *El Bloque de Constitucionalidad*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991

----- *Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris Francias, 1998

L. Ferrajoli, "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello, (ed.), Trotta, Madrid-España, 2001.

----- "Pasado y futuro del Estado de derecho", en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2003

H. Fix-Zamudio, "Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos", en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, Tomo I, IIDH, San José-Costa Rica, 2003

A. García-Gallo, “El derecho común ante el nuevo mundo”, en *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1982

D. García-Sayán, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*”, Secretaría Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José - Costa Rica, 2006

F. González, “Informes sobre Países, Protección y Promoción”, en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José - Costa Rica, 1998

J. Guevara, “La Corte Penal Internacional (Un acercamiento a su competencia y jurisdicción)”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, C. Martín et. al., Ed. Fontamara, 2004

S. Joseph, J. Schulz y M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, 2000

V. Krsticevic y L. Tojo, Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y Experiencias nacionales, CEJIL, 2007

F. Mariño, *Derecho Internacional Público. Parte General*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2005

T. McCormack, “Jurisdictional aspects of the Rome Statute for the new International Criminal court”, en *Melbourne University Law Review*, December 1999

C. Medina, *The Battle of Human Rights. Gross, systematic violations and the Inter.-American system*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1988

C. Medina y C. Nash, “Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina”, en *Documentos Oficiales*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Nº 1, diciembre 2003

----- *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*”, Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2007

C. Moyer y D. Padilla, "Executions in Guatemala as decreed by the Courts of Special Jurisdiction in 1982-83", en CIDH, *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, Washington DC., 1984

C. Nash, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.

----- *La concepción de Derechos Fundamentales en América Latina. Tendencias Jurisprudenciales*, (en prensa).

P. Nikken, "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los Derechos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, Mayo 1989, pp. 65-100

R.E. Norris y P.D. Reiton, "The suspension of guarantees: A comparative analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties", en *American University Law Review*, vol. 30, 1980

M. Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff, 2003.

P. Palacios, *La No discriminación*, Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derechos - Universidad de Chile, 2006.

G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid-España, 1999

L. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, Madrid, 1993

L. Prieto, "El juicio de ponderación", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2003

A. Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid-España, 2002

P. Ruiz-Tagle, "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del bicentenario", en Bordalí (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. LexisNexis, Chile, 2006

R. Uprimny, *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Colombia, 2006

T. van Boven, “Mechanisms: Their Competition and Coexistence” (1992)”, en *Human Rights from exclusion to inclusion; principles and practice. An anthology from the Work of Theo van Boven*, F. Coomans, et. Al. (eds.), Kluwer Law Internacional, 2000

E. Vargas, “Las Observaciones in loco Practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 290- 305 *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, Washington DC., 1984

C. Villán Durán, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, editorial Trotta, Madrid, Madrid-España, 2002

M., Villey, *La formation e la pensée juridique moderne, Cours d' histoire de la philosophie du droit*. París, 1975

G. Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirand lo Blanch, Valencia, 2005

S. Williams, “The Rome Statute on the International Criminal Court: from 1947-2000 and Beyond”, en *Osgoode Hall Law Journal*, Summer 2000

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Asuntos y Opiniones Consultivas

Asunto de Viviana Gallardo y otras, resolución de 13 de noviembre de 1981, Serie A No. 101/81

El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Artículos. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, Serie A. No. 2

Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Serie A No. 3

La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Serie A No.5

El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9

Interpretación De La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, Serie A No. 10

Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11

Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-13/93, de 16 de julio de 1993, Serie A No. 13

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 16

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

Casos Contenciosos

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 28 de julio de 1988, Serie C N° 4

Caso Velásquez Rodríguez – indemnización compensatoria, sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7

Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, sentencia de 4 de diciembre 1991, Serie C No. 11

Caso El Amparo vs. Venezuela, sentencia de 18 de enero 1995, Serie C No. 19

Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, sentencia de 2 de febrero 1996, Serie C No. 26

Caso Blake vs. Guatemala, excepciones preliminares, sentencia de 2 de julio de 1996, Serie C No. 27

Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33

Caso Benavides Cevallos vs. Perú, sentencia de 19 de junio 1998, Serie C No. 38

Caso del Carachazo vs. Venezuela, sentencia de 11 de noviembre 1999, Serie C No. 58

Caso Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la Calle") vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63

Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, sentencia de 26 de enero de 2000, Serie C No. 64

Caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69

Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73

Caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79

Caso Barrios Altos vs. Perú, interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83

Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110

Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111

Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C N° 125

Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134

Caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135

Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140

Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160

Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162

Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163

Caso Bueno Alves vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164

Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Interestatal 01/06, Informe N° 11/07, Inadmisibilidad, *Nicaragua c. Costa Rica*. OEA/Ser/L/V/II.127

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Réserves á la Convention sur le Génocide. Avis Consultatif. CIJ Recueil, 1951
Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ, Reports 1971

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, judgment of 25 April 1978. Series A no. A26

CORTE PENAL INTERNACIONAL

Elementos Crímenes, ICC-ASP/1/3(part II-B), publicado en http://www.icc-cpi.int/about/Official_Journal.html (visitado diciembre 2005)

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE NACIONES UNIDAS

Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7

Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto, 1998, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS

Observación General N° 18, “No Discriminación”, de 10 de noviembre de 1989

Observación General N° 29, “Estados de Emergencia (art. 4)”, 31 de agosto de 2001

Observación General N° 31, “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, del 26 de mayo de 2004

Caso Massera et. al v. Uruguay. Comunicación 5/1977, dictamen de 15 de agosto de 1979 Publicado en Selección de Decisiones Adoptadas con Arreglo al Protocolo Facultativo. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 1988

Aumeeruddy-Cziffra y otras c. Mauricio. Comunicación 35/1978, dictamen de 9 de abril de 1981

Burgos c. Uruguay. Comunicación 52/1979, dictamen de 29 de julio de 1981

Lovelace c. Canada. Comunicación 024/1977, dictamen de 30 julio 1981

Kitok c. Suecia. Comunicación 197/1985, dictamen de 27 de julio de 1988

Lubicon Lake c. Canadá. Comunicación 167/1984, dictamen de 26 de marzo de 1990

Henry c. Jamaica. Comunicación 230/1987, dictamen de 1 de noviembre de 1991

Ellis c. Jamaica. Comunicación 276/1988, dictamen de 28 de julio de 1992

Toonen vs. Australia. Comunicación 488/1992, dictamen de 04 de abril de 1994

Villafañe et al c. Colombia. Comunicación 612/1995, dictamen de 29 de julio de 1997

Kavanagh c. Irlanda. Comunicación 1114/2002, dictamen de 25 de octubre de 2002

Krausser v. Austria. Comunicación 890/1999, dictamen de 23 de octubre de 2002

