MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Aspectos sustantivos

Andrés Pizarro Sotomayor y Fernando Méndez Powell

- 2006 -

Manual de derecho internacional de los derechos humanos

© Andrés Pizarro Sotomayor
© Fernando Méndez Powell

Primera edición, enero 2006

ISBN 9962-02-937-6

1. Derechos Humanos
2. Derecho Internacional
I. Título.

La edición estuvo a cargo de los autores.

Prohibida la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, incluida la fotocopia, de acuerdo a las leyes vigentes en la República de Panamá, salvo autorización de los autores.

Impreso por Universal Books
Panamá, República de Panamá

Dedicatoria

Andrés Pizarro S.
A Mariela, Tony y Adrián,
a quienes siempre llevo en el corazón

Fernando Méndez P.
A mi padre, mi madre y mis amigos

Agradecimiento

Agradecemos a: Pablo, Ricardo, Edilma y Vicky, por su colaboración y apoyo.

PRÓLOGO

Por el Dr. Salvador Sánchez G.

El texto que tiene el autor tiene entre manos es fruto del estudio y la tenacidad de dos personas a las que respeto y valoro profundamente: Andrés Pizarro Sotomayor y Fernando Méndez Powell. Me une a ellos el compromiso con la comunidad educativa de la Universidad Católica Santa María La Antigua, y el activismo en el Centro de Iniciativas Democráticas (CIDEM), organización que ha respaldado la publicación de esta obra. Quiero pensar, que también nos une la amistad, una amistad forjada por años en el estudio y la promoción de los Derechos Humanos, dentro y fuera de las aulas universitarias.

Sobre los autores, puedo decir que han sabido resistir los persistentes embates de la apatía y la ignorancia, que regularmente amenazan con hacer naufragar los mejores emprendimientos. Pizarro y Méndez han participado también de la lucha contra la convergencia de intolerancia, mezquindad y banalidad absolutas, que caracteriza hoy el debate público en Panamá. Como verdaderos arrecifes ante los que se agotan las fuerzas desmotivadoras del oscurantismo local, estos jóvenes han persistido en el empeño de indagar sobre la razón de la cosas, y especialmente, sobre las formas que encuentra el Derecho para reconocer la dignidad humana y garantizar su respeto.

Una reflexión inevitable me hace lamentar que personalidades como la de los autores no encuentren el estímulo adecuado para dedicarse a la investigación de forma sostenida, dentro de programas estables y en sede universitaria. Sin duda, cuando la universidad es una verdadera comunidad académica, la concentración de talento y el intercambio constante entre profesores y entre profesores y estudiantes contribuye grandemente a la creación de conocimiento. La vinculación de la investigación y la docencia en el escenario universitario resulta la forma más fluida y expedita de difundir el conocimiento nuevo. Por eso la falta de investigación en las universidades perjudica

a la investigación y a la docencia por igual, sin dejar de lado que implica renunciar de plano al desarrollo nacional.

Por otro lado, el conocimiento no siempre se generó en las universidades y muchas veces se ha generado y difundido a pesar de ellas. Las universidades hoy también pueden tener burocracias asfixiantes, mezquinas luchas por el poder, y repartos arbitrarios de posiciones académicas y de horas de clase. Bajo la bandera de la universidad pueden campear impunemente la superstición, la mediocridad y la intolerancia, tal y como lo hacen en otros escenarios sociales. Por eso no puede convertirse a la universidad, y en el caso que nos ocupa, la investigación universitaria, en un fetiche. La investigación universitaria no es el único escenario posible de la investigación académica.

Los investigadores han generado, en la medida que las circunstancias lo han exigido, formas alternativas para desarrollar su tarea. Frecuentemente se completa el esfuerzo de investigación que hacen las universidades, a través de centros de investigación independientes. En todo el mundo, incluyendo América Latina, y como es nuestro caso, en Panamá, se hace investigación, además de en la universidad, fuera de ella. La actividad del CIDEM es por lo tanto, aunque en mínima escala, un reflejo de la incertidumbre organizativa que viven las estructuras de producción del conocimiento en todo el mundo. Proporciona, eso sí, oportunidades inéditas de colaboración en las tareas de la investigación académica en Panamá. Pienso que Méndez y Pizarro son, en parte, demostración de cómo puede hacerse investigación con escaso respaldo institucional, enfrentando dificultades de todo tipo, y con todos los pronósticos en contra.

Para describir a los autores del Manual, quizá baste recordar toda la dedicación entregada al sostenimiento de una tradición que tuve el honor de inaugurar como profesor, en 1997: la participación en las competencias de juicios simulados en base al sistema interamericano de protección a los derechos humanos. Aquél año, por inspiración de quien entonces era Directora de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, la licenciada Venus Illueca de Tulipano, se envió el primer

equipo de la USMA a la competencia hemisférica organizada por la American University, en Washinton D.C.. En esa ocasión se alcanzaron las semifinales, dándose inicio a una trayectoria de triunfos nacionales e internacionales de difícil emulación. Pizarro y Méndez no sólo han participado de esa tradición como competidores capaces, sino que han sido figuras clave para asegurar la institucionalización de las competencias universitarias, como organizadores y entrenadores de equipos estudiantiles. De ahí que el conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, y en especial, del sistema interamericano de protección, que queda de manifiesto en la redacción del presente Manual, no resulte para mí nada sorprendente. Conozco el dominio que han alcanzado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en gran parte por nuestra colaboración en el marco de las competencias mencionadas, pero también por haberme enfrascado regularmente con ellos en debates interminables, pero siempre enriquecedores, sobre los aspectos más especializados de la materia.

No es casual, entonces, que sean Pizarro y Méndez quienes están entregando al público nacional e internacional aportes de la magnitud de este Manual que, tal y como el sentido común indica, debió ser el producto de investigadores profesionales. Los autores ni han sido entrenados formalmente para investigar, ni han sido remunerados para realizar esta tarea, por otro lado, tan efectivamente cumplida. Llamativamente, la obra resultante es exhaustiva, y refleja un conocimiento y una madurez inesperada, que ya quisieran para sí algunos docentes de larga trayectoria y de siempre pendiente contribución intelectual. Y es que la tarea de investigar la realizamos en Panamá quienes tenemos vocación y motivación para ello, dentro y fuera de las universidades y centros de investigación, independientemente de cualquier otra consideración.

Pienso que pese a sus notorias diferencias de intención, diseño y contenido, el trabajo de Méndez y Pizarro se inserta en la línea de otras publicaciones de referencia en el campo. Entre ellas se encuentra el "*Repertorio de Jurisprudencia. 1980-1997*", producido por un equipo de investigadores bajo la dirección del profesor Claudio

Grossman[1], inspirados a su vez en el "*Repertorio de la Jurisprudencia*" del sistema europeo, realizado por el "Netherlands Institute of Human Rights" (SIM), en coordinación con el Directorio de Derechos Humanos del Consejo de Europa.[2]

La pretensión de nuestros autores, sin embargo, ha sido la de presentar tanto lo más relevante de la jurisprudencia de estos dos sistemas regionales de protección, como la de otros tribunales internacionales, la de los organismos de monitoreo de las convenciones de Naciones Unidas, señalando además, en no pocas ocasiones, su relación con parámetros establecidos en instrumentos no convencionales, y en otros documentos de instancias internacionales especializadas. Se ha tratado de una labor titánica, sin duda, que no tiene equivalentes en nuestro entorno.

Debo reconocer, sin embargo, que inicialmente supuse que Pizarro y Méndez seguirían de cerca los modelos, menos ambiciosos, ofrecidos por los repertorios mencionados. Sin embargo, ellos tuvieron desde el principio muy claro que querían darse la oportunidad de presentar sus reflexiones personales, aprovechando la exposición sintética de las doctrinas más avanzadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por esta razón, no sólo no estamos en presencia de un repertorio, por exhaustivo que sea. No estamos tampoco ante un manual usual, restringido a exponer organizadamente el

---

[1] Los autores del repertorio son, además de Claudio Grossman, los profesores Robert Kogod Goldman, Claudia Martin y Diego Rodríguez-Pinzón. Los investigadores de American University seleccionaron los fragmentos relevantes de las sentencias, opiniones consultivas, resoluciones, opiniones separadas y votos concurrentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, clasificados de acuerdo con los Artículos de la Convención Americana.

[2] Que proporciona una completa recopilación de la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos del Sistema Europeo, y cuyo responsable es el Profesor Leo Zwaak, del SIM (Universidad de Utrecht, Holanda). El SIM también mantiene bases de datos contentivas de la jurisprudencia de los organismos de monitoreo de la CCPR (Pacto de Derechos Civiles y Políticos), CAT (Convención contra la Tortura), CERD (Convención contra la Discriminación Racial) y CEDAW (Convención contra las discriminación contra la mujer), en el Sistema de Naciones Unidas.

"estado de la disciplina", con la intención de introducir a los neófitos a un campo concreto del conocimiento. El Manual de Méndez y Pizarro es repertorio, es manual, y tiene sembrada la semilla de un tratado de derechos humanos, en toda regla. Al respecto no puedo negar que los límites trazados por los autores a su indagación despertó en mí una incomodidad que persiste hoy. Pienso que en las sucesivas ediciones de esta ejemplar contribución veremos evolucionar no sólo su contenido, sino la forma en que es presentada la información. Toda crítica que pueda hacer, sin embargo, palidece ante la impresión más sólida y diáfana que me brinda la imagen de este trabajo, cuya publicación será la recompensa más inmediata –aunque no la única- para el compromiso con los derechos humanos, que han demostrado sus autores.

Introducción

A partir de la segunda mitad del siglo XX se han venido desarrollando y consolidando, progresivamente, los llamados sistemas de protección de derechos humanos, específicamente nos referimos al Sistema Universal, al Sistema Europeo y al Sistema Interamericano (actualmente el Sistema Africano está en proceso de formación). Se entiende por sistema de protección la suma de instrumentos internacionales que consagran determinados derechos humanos con el conjunto de organismos supranacionales encargados de vigilar y asegurar el cumplimiento de los mismos.

En este contexto, y tomando en cuenta que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una rama de la ciencia jurídica, sobre la cual no se ha escrito mucho, entre otras razones por ser ésta de reciente desarrollo, consideramos acertado dedicarnos a esta tarea investigativa. Con mayor razón aún, cuando en nuestro país la bibliografía dedicada al análisis de los tratados internacionales de derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales encargados de aplicarlos, es casi inexistente. De ahí la importancia de este Manual para la literatura jurídica universal y especialmente para nuestra literatura jurídica nacional.

El presente texto está construido sobre cuatro ejes fundamentales: El primero de estos es el capítulo denominado **Responsabilidad Estatal** donde tratamos las principales obligaciones que surgen para los Estados de la ratificación de los tratados base de los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos.

Como segundo eje desarrollamos los derechos humanos que son considerados como **Civiles y Políticos**, en el orden en que aparecen contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Cada capítulo se encuentra encabezado por un cuadro que contiene las normas base que consagran cada derecho en los Sistemas de protección, al finalizar el capítulo aparece un cuadro mencionando otros

instrumentos internacionales en los que también se encuentra consagrado el derecho que se desarrolla.

La tercera sección está dedicada a los **Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (**DESC**), en esta parte solo tomamos como base los Sistemas Universal e Interamericano y sus respectivos tratados generales en la materia: El Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador, respectivamente. Esta sección la subdividimos a su vez en dos partes, una dedicada a las obligaciones generales que surgen para los Estados de los dos principales tratados sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y otra en donde se desarrolla el catálogo de estos derechos, precedidos en cada caso por un cuadro que contiene las disposiciones relativas a cada derecho en los dos tratados principales, en este catálogo separamos los derechos que dependen de la disponibilidad de recursos que tenga el Estado para su satisfacción de aquellos que no.

Finalmente presentamos los llamados **Derechos Humanos Diferenciados en Función de Grupo,** que algunos han considerado como "una cuarta generación de derechos humanos", y que consisten en una especificación de los derechos humanos generales en función de las específicas condiciones de vulnerabilidad de un grupo humano determinado, por ejemplo: los niños, las mujeres, los discapacitados, los privados de libertad y los indígenas. Aquí debemos hacer una observación, muy importante, hay ciertos grupos que aunque los consideramos grupos diferenciados, y que de hecho tienen normas internacionales especiales que tutelan sus derechos, para efectos prácticos de organización de los temas que exponemos hemos decidido, por motivos didácticos, referirnos a ellos en otros capítulos, así por ejemplo nos referimos a **los refugiados** en el capítulo relativo al derecho de circulación y residencia, y a **los apátridas** en el referente al derecho a la nacionalidad.

Como base bibliográfica para la elaboración de este Manual hemos utilizado los tratados internacionales relativos a derechos humanos y el desarrollo jurisprudencial alcanzado por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** y la **Corte Europea de Derechos Humanos**,

así como los pronunciamiento de otros organismos de supervisión de tratados como las **Comisiones**, **Interamericana** y **Europea**, y los *Treaty Bodies* de la **Organización de Naciones Unidas**. Muchas de estas fuentes no están disponibles en español, por lo que las hemos traducido directamente del inglés para citarlas, explicarlas y comentarlas, haciendo accesible al público hispanohablante todo este bagaje de conocimiento. Dejamos las referencias a pie de página en el idioma original para indicar al lector que la traducción ha sido realizada por los autores. En los casos en que existían traducciones hechas por algún organismo del Sistema Interamericano preferimos utilizar aquellas y las citamos bajo la fórmula el (Organismo del SIPDH) citando al (otro organismo).

Por otro lado, hemos decidido casi no utilizar la doctrina de otros autores, dado que nuestro objetivo principal es presentar cómo cada derecho ha sido desarrollado por cada uno de los mencionados organismos oficiales. Tampoco consideramos necesario hacer referencia a la historia de los derechos humanos, a las distintas escuelas o a las teorías que buscan fundamentar su existencia, pues consideramos que ese es un tema que ya ha sido tratado adecuadamente por otros autores.

En cuanto al aspecto procesal e institucional de los sistemas de protección de derechos humanos, sólo nos referimos a los mismos en tanto sea necesario para explicar la parte sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la cual en definitiva es el objeto de estudio de este trabajo.

Por último debemos aclarar que esta es una obra de carácter técnico, por lo que tampoco consideramos conveniente detenernos mucho en las situaciones políticas actuales o históricas que han afectado y afectan actualmente la situación mundial de los Derechos Humanos, pues consideramos que dicho punto de vista ya ha sido tratado por autores más autorizados en dicha área.

Este Manual fue terminado de redactar en septiembre del 2005.

Abreviaturas Utilizadas en este Manual

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DDHH: Derechos Humanos
DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales
ONU: Organización de Naciones Unidas
OEA: Organización de Estados Americanos
SN: Sociedad de Naciones
OIT: Organización Internacional del Trabajo
SIPDH: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
SEPDH: Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos
SUPDH: Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos
CrIDH o Corte Interamericana: Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH o Comisión Interamericana: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CrEDH o Corte Europea: Corte Europea de Derechos Humanos
Comisión Europea: Comisión Europea de Derechos Humanos
CIJ: Corte Internacional de Justicia
CDHONU: Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas
CDESCONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas
CDNONU: Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas
CMONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la Organización de Naciones Unidas
CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

DADH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos
PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PSS: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"
CEDF: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CADF: Carta Africana de Derechos Fundamentales
CDI: Carta Democrática Interamericana
RM o Reglas Mínimas: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos
CDN: Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

Nota: el resto de las abreviaturas que utilizamos en este Manual son explicadas en el capítulo respectivo donde aparecen.

Índice

Prólogo . . . . . **. VII**
Introducción . . . . . **. XIII**
Abreviaturas Utilizadas . . . . . **. XVII**
Responsabilidad Estatal . . . . . **. 1**
I- Actores que pueden generar responsabilidad estatal . 6
II- Obligaciones estatales derivadas del DIDH . . 11
A. Obligación de respetar los derechos y libertades . 12
B. Obligación de garantizar 14
B.1. Deber de prevenir 14
B.2. Deber de investigar 15
B.3. Deber de sancionar 16
B.4. Deber de reparar 21
B.5. Deber de no repetición 28
III- La posición de garante como elemento modificador de la responsabilidad . . . 29
IV- Obligación de adecuar el derecho interno . . 30
V- Principio de unidad o continuidad . . . 38
Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica **. 39**
Derecho a la Vida . . . . . **. 45**
I- Obligaciones y responsabilidad estatal . . . 46
II- Pena de muerte 49
A. Prohibición de la aplicación de la pena de muerte por delitos políticos 54
B. Derecho a pedir clemencia 56
C. Reserva para los delitos más graves . . . 58
D. Prohibición de la aplicación obligatoria de la pena de muerte. 59
III- El derecho a la vida y el derecho a una vida digna . 60
IV- Formas más graves de violación al derecho a la vida . 62
A. Desaparición forzada 62
B. Ejecuciones extrajudiciales 67
C. Genocidio 71

V- El aborto 75
VI- Eutanasia y prevención del suicidio . . . 88
Derecho a la Integridad Personal 91
I- Tortura, trato cruel o inhumano y trato degradante-conceptos 92
II- Características de este derecho 98
A. Progresividad 98
B. Prohibición absoluta 99
III- Derecho a la integridad personal de los privados de libertad 100
A. Sobre la medida especial de aislamiento y/o incomunicación . . . 103
B. Principio de separación 104
IV- Efectos en los familiares de las víctimas . . . 106
V- Relación con el derecho penal juvenil . . . 107
Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre . . . 113
Derecho a la Libertad Personal 121
I- Obligación de informar las causas de la detención . 127
II- Obligación de presentar ante un juez . . . 129
III- Obligación de juzgar dentro de un plazo razonable o poner en libertad . . . 130
IV- Obligación de prestar control de la legalidad . . 133
Derecho al Debido Proceso y Derechos de los Acusados . 137
I- Derechos de las víctimas 142
II- Elementos del derecho al debido proceso . . 144
A. Plazo razonable 144
B. Juez o tribunal competente 147
C. Juez o tribunal natural 147
D. Juez o tribunal imparcial 149
E. Tribunal establecido por ley previa . . . 152
F. Publicidad de la justicia 154
III- Acceso a la justicia 155
IV- Relación con la pena de muerte 157
V- Derechos del acusado 158

A. Presunción de inocencia 160
B. Derecho a la asistencia de un traductor o intérprete . 165
C. Derecho a conocer los cargos 166
D. Derecho a preparar una defensa. 168
E. Derecho a defenderse personalmente o a la asistencia de un defensor de su elección . . 171
F. Derecho al defensor de ausente 173
G. Derecho a interrogar los testigos 175
H. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo. 176
I. Derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior (principio de la doble instancia). 177
J. Derecho a estar presente en la audiencia . . . 179
K. Prohibición del doble juzgamiento 180
L. Derecho a solicitar la asistencia consular . . . 181

Principio de Legalidad 185
I- Del principio de legalidad en general . . . 185
II- El principio de estricta legalidad en materia penal . 189

Derecho a Indemnización por Condena Errada. . . . 199

Derecho a la Protección de la Honra y Dignidad . . 205

Derecho a la Privacidad y a la Vida Privada y Familiar . 213
I- Derecho a la privacidad y a la vida privada . . 213
II- Privacidad en la vida familiar 218

Derecho a la Libertad de Pensamiento, Conciencia y Religión. 221

Derecho a la Libertad de Expresión 243
I- Carácter bidimensional 245
II- Relación con la democracia y los derechos políticos . 248
III- Restricciones 251
IV- Acciones que atentan contra la libertad de expresión . 263
V- La libertad de expresión según los sujetos . . 264
A. Libertad de prensa 265
B. Libertad de expresión parlamentaria . . . 270
C. Libertad de expresión de los abogados . . . 272
D. Los miembros de las fuerzas armadas . . . 275
E. Otros funcionarios públicos 276
F. Obligación profesional de guardar confidencialidad . 277

VI- La libertad de expresión según la naturaleza del contenido 277
A. Debate político 278
B. Otras personas públicas 285
C. Secretos de Estado 286
D. La administración de justicia 287
E. El comercio y la protección del consumidor . 288
F. La historia 290
Derecho de Rectificación y Respuesta 293
Derecho de Reunión 303
Libertad de Asociación 311
I- Asociaciones con fines laborales (libertad de sindicalización) . . . 317
II- Asociaciones con fines profesionales . . 322
III- Asociaciones con fines religiosos . . . 324
IV- Asociaciones con fines políticos . . . 325
Derecho a la Constitución y Protección de la Familia y a la Libertad de Matrimonio 327
I- Concepto de familia 329
II- Protección de la familia y derecho de convivencia 329
III- Igualdad de derechos entre los cónyuges . . 331
IV- Libertad en la constitución de la familia . . 334
V- Libertad de matrimonio 335
VI- Medidas positivas de orden social y de desarrollo progresivo 341
Derecho al Nombre 343
Derecho a la Nacionalidad 345
Apátridas 350
Derecho a la Propiedad Privada 353
Derecho de Circulación y Residencia . . . 375
I- Desplazamientos internos 379
II- Derecho a abandonar el país en que se encuentra 381
III- Derecho a permanecer en el Estado donde se es nacional y a ingresar al mismo . . . 385
IV- Garantías relativas a la expulsión de extranjeros . 387

V- Derecho a asilo 389
VI- Refugiados 394
Derechos Políticos 405
I- Principio de democracia representativa y estado de derecho 409
II- Margen de apreciación estatal . . . 412
III- Obligación de realizar elecciones periódicas y auténticas 416
IV- Derecho a elegir y de ser elegido . . . 419
A. Restricciones al derecho al voto. . . . 420
B. Restricciones al derecho de aspirar a cargos de elección popular 424
V- Derecho de acceso a las funciones públicas . 426
Derecho a la Igualdad ante la Ley y Prohibición de la Discriminación 431
Derecho a un Remedio Efectivo 451
Derechos Económicos, Sociales y Culturales . . 465
I- Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos 465
II- Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos 466
III- Catálogo de derechos 467
IV- Consideraciones generales. . . . 468
V- Derecho a la seguridad social . . . 480
VI- Derecho a la salud 481
VII- Derecho al medio ambiente sano . . . 489
VIII-Derecho a la alimentación adecuada . . 491
IX- Derecho a la vivienda adecuada . . . 496
X- Derecho a la educación 498
A. La gratuidad y obligatoriedad de la educación primaria 501
B. Desarrollo progresivo de la calidad y accesibilidad de los otros niveles del sistema educativo . . 502
XI- Derecho a los beneficios de la cultura . . 505
XII- Derecho a un nivel de vida adecuado . . 507

XIII-Derecho al trabajo y a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo . . . 509
XIV- DESC que no dependen de la disponibilidad de recursos con que cuenta el Estado para su satisfacción . . 511
A. Prohibición de discriminación en cuanto a la satisfacción de los DESC 511
B. Derechos sindicales 512
C. Derecho a la educación 514
D. Derecho a la cultura 522
D.1. Derecho al reconocimiento de la propiedad intelectual 522
D.2. Derecho a la libertad artística y de investigación científica . . 523
E. Derecho al recurso efectivo para la protección de los DESC 523
Derechos Humanos Diferenciados en Función de Grupo . 525
I- Personas con discapacidad. 527
A. Principales documentos internacionales . 527
B. Conceptos relacionados 528
C. Razón de su diferenciación 532
D. Derechos especiales 533
E. Otros puntos relevantes 536
II- Mujeres 542
A. Principales documentos internacionales . 542
B. Conceptos relacionados 543
C. Razón de su diferenciación 550
D. Derechos especiales 552
E. Otros puntos relevantes 553
E.1. Erradicación de las prácticas tradicionales violatorias de los derechos de la mujer . 554
E.2. El papel de la educación en el combate a la violencia y discriminación contra la mujer 555
E.3. Medidas especiales de carácter temporal 558
E.4. Participación política de la mujer . 559

E.5. Prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer. . . . 561
E.6. Igualdad dentro del matrimonio . . . 566
III- Privados de libertad 568
A. Principales documentos internacionales . . 568
B. Conceptos relacionados 571
C. Razón de su diferenciación 574
D. Temas especiales 576
E. Desarrollo jurisprudencial 576
IV- Niños 584
A. Principales documentos internacionales . . 584
A.1. Generales 584
A.2. Temáticos. 585
B. Conceptos relacionados 589
C. Razón de su diferenciación 593
D. Desarrollo jurisprudencial 593
E. La doctrina minorista de la *situación irregular* o *doctrina tutelar* y la doctrina de la *protección integral* . . *618*
V- Indígenas 623
A. Principales documentos internacionales . . 623
B. Razón de si diferenciación 627
C. Ámbito de aplicación de los derechos humanos de los pueblos indígenas 628
D. Derechos especiales 629
D.1. Derechos sobre las tierras . . . 629
D.2. Derecho al autogobierno . . . 634
D.3. Derecho al reconocimiento y respeto de las diferencias sociales y culturales . . 634
D.4. Derecho a un sistema jurídico propio . . 636
D.5. Derecho al reconocimiento de la personería jurídica de la comunidad. . . . 636

Bibliografía 639

Responsabilidad Estatal

La **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**[1] establece:

Artículo 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. "El derecho interno y la observancia de los tratados". Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Preámbulo.** Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre… **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos** 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas 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.	**CEDH** **Artículo 1. Obligación de respetar los derechos humanos** Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Titulo I del presente Convenio.	**PIDCP** **Artículo 2** 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[1] ONU. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. **Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno**. Si en 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 efectivas tales derechos y libertades.		2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Antes de entrar a examinar cada una de las obligaciones generales que emanan de los tratados de **DIDH**, debemos hacer mención de algunas consideraciones preliminares, que resultan esenciales para la posterior comprensión, no solo de este capítulo, sino del resto del presente Manual.

En primer lugar, debemos establecer que los organismos de protección y tutela de los derechos humanos como la **CrIDH,** la **CIDH,** la **CrEDH,** la **Comisión Europea**, así como los que forman parte del **SUPDH** como el **CDHONU** tienen competencia únicamente para pronunciarse sobre la responsabilidad internacional que haya generado el **Estado como entidad jurídica** y **no para atribuir responsabilidades individuales** por las posibles violaciones a los derechos consagrados en los respectivos tratados cuyo cumplimiento tutelan.

Así la **Corte Interamericana** estableció en el **Caso Velásquez Rodríguez** que: "*En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que le hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones*"[2]. Esto fue reafirmado en la **Opinión Consultiva 14** donde la **Corte Interamericana** consideró que: "*En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos*". En cambio, "*la responsabilidad individual puede ser atribuida* ***solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales*** *en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio...*"[3](lo resaltado es nuestro), tales delitos internacionales constituyen el campo de estudio de otras ramas de la disciplina jurídica distintas del **DIDH** tales como el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Supranacional.

Así encontramos otras referencias jurisprudenciales en el mismo sentido, por ejemplo en el **Caso Castillo Petruzzi** la **CrIDH** reiteró que: "*tiene atribuciones para establecer la responsabilidad internacio-*

---

[2] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

[3] CrIDH, Opinión Consultiva 14 del 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención. Este tipo de crímenes han sido de conocimiento de los tribunales de guerra, o de derecho penal internacional como el recientemente creado Tribunal de la Haya, cuyo fundamento se encuentra en el Estatuto de Roma, el cual se espera que atienda en el futuro casos que anteriormente eran de conocimiento de los tribunales de guerra Ad-Hoc.

nal de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos, pero no para investigar y sancionar la conducta de los agentes del Estado que hubiesen participado en esas violaciones. ***Esta es la característica de un tribunal de derechos humanos, que no es un tribunal penal"***[4]. (lo resaltado es nuestro). En este sentido, *"Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuye los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención"*[5]. Además, y es pertinente mencionarlo en este punto, como ha manifestado la **CrIDH,** la responsabilidad internacional se genera independientemente de que los hechos que constituyen las violaciones a los derechos humanos en el caso concreto sean o no parte de una política estatal dirigida a tales efectos[6]. Obviamente, de haber una política estatal orientada a la violación sistemática de determinados derechos esto sería un agravante de la responsabilidad estatal.

Llegado este punto es conveniente advertir que la responsabilidad internacional del Estado es totalmente independiente del dolo, la intencionalidad u otros elementos que podrían ser relevantes para determinar la responsabilidad penal individual de los agentes. Así la **CrEDH** ha señalado que el Estado puede ser responsable tanto por acción, como por omisión o negligencia[7].

---

[4] CrIDH, Caso Castillo Petruzzi y Otros v. Perú, Sentencia de Fondo de 30 de mayo de 1999.

[5] CrIDH, Caso Paniagua Morales y Otros v. Guatemala, Sentencia de Fondo del 8 de marzo de 1998.

[6] CrIDH, Caso Paniagua Morales y Otros v. Guatemala, Sentencia de Fondo del 8 de marzo de 1998. CrIDH, Caso 19 Comerciantes v. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004.

[7] CrEDH, Case of Öneryildiz v. Turkey, Judgment of June 18 of 2002.

Ahora bien, **¿cuándo se genera la responsabilidad internacional?**, la **CrIDH** en el **Caso Ricardo Canese** recordó en palabras muy sencillas que: "*la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios. Una posible reparación posterior llevada a cabo en el derecho interno, no inhibe a la Comisión ni a la Corte para conocer un caso que ya se ha iniciado por supuestas violaciones a la Convención Americana...*"[8]

La responsabilidad estatal por violaciones a los derechos humanos existe aunque los actos que ocasionaron las mismas se hayan dado con motivo del cumplimiento de obligaciones de derecho interno e incluso, como ha reconocido la **CrEDH** en el reciente **Caso Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland,** aunque se hayan dado para el cumplimiento de otras obligaciones internacionacionales: "*Ha sido aceptado que un Estado Parte es responsable bajo el Artículo 1 de la Convención por todos los actos y omisiones de sus órganos, sin reparar en si los actos u omisiones en cuestión fuesen una consecuencia del derecho interno o de la necesidad de cumplir con obligaciones legales internacionales*"[9].

Y Continúa la **CrEDH** en ese mismo sentido: "*Estableciendo el grado en que una acción Estatal puede ser justificada por su conformidad con obligaciones surgentes de su membresía en una organización internacional a la que ha transferido parte de su soberanía, La Corte ha reconocido que absolver completamente a los Estados Partes de sus responsabilidades de la Convención en las áreas cubiertas por dicha transferencia sería incompatible con el objeto y fin de la Convención:*

[8] CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.
[9] CrEDH, Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, Judgment of June 30 of 2005.

las garantías de la Convención podrían ser limitadas o excluidas a discreción privando a ésta, por ende, de su carácter obligatorio y minando la naturaleza efectiva y práctica de sus salvaguardas. Se considera que el Estado retiene su responsabilidad por la Convención con respecto a compromisos de tratados subsecuentes a la entrada en vigor de la Convención"[10]. Bajo este criterio surge responsabilidad estatal cuando el Estado contrae nuevas obligaciones internacionales que sean contrarias a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

También debemos mencionar que un Estado también puede tener responsabilidad internacional con respecto al **DIDH** cuando expulsa a una persona de su territorio hacia otro donde existe certeza o indicios suficientes de que sus derechos humanos corren peligro de ser violados[11], esto en conformidad con el principio de *non refoulment* reconocido también por el Derecho Internacional Público en general.

I- Actores que Pueden Generar Responsabilidad Estatal

Veamos ahora quiénes pueden hacer responsable al Estado por violaciones a los Derechos Humanos. La **Corte Interamericana** ha establecido desde su jurisprudencia más temprana que: "*Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un* ***órgano*** *o* ***funcionario*** *del Estado o de una* ***institución de carácter público*** *lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo. Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones de derecho interno o desbordado los límites de su propia com-*

[10] CrEDH, Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, Judgment of June 30 of 2005.

[11] CrEDH, Case of N. v. Finland, Judgment of July 26 of 2005. CrEDH, Case of Thampibillai v. The Netherlands, Judgment of February 17 of 2004.

petencia, puesto que es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno... Si se considerara que no compromete al Estado quien se prevale del poder público para violar tales derechos a través de actos que desbordan su competencia o que son ilegales, se tornaría ilusorio el sistema de protección en la Convención"[12] (lo resaltado es nuestro).

En lo que toca a la actuación de un órgano del Estado, la **Corte Interamericana** ha anotado que: "*Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualquiera de sus* ***poderes u órganos*** *en violación de los derechos internacionalmente consagrados. El artículo 1.1 de la Convención Americana es de importancia fundamental en ese sentido"*[13]. En esta línea el **CDHONU** ha señalado que: "*Las obligaciones del Pacto en general, y el artículo 2 en particular son vinculantes en cada Estado parte como un todo. Todas las ramas del gobierno (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o gubernamentales, a cualquier nivel (nacional, regional o local) están en posición de contraer respon-*

---

[12] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1998.

[13] CrIDH, Caso Villagrán Morales y Otros (de los "Niños de la Calle") v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de Noviembre de 1999. En este caso la Corte Interamericana, refiriéndose a las actuaciones del Órgano Judicial, estableció también que: "*El esclarecimiento de si un Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos. Al respecto, la Corte Europea ha señalado que deben considerarse los procedimientos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación, y que la función del tribunal internacional es determinar si la integridad de los procedimientos, así como la forma en que fue producida la prueba, fueron justos... la Corte debe efectuar un examen del conjunto de las actuaciones judiciales internas para obtener una percepción integral de tales actuaciones...*"

sabilidad del Estado Parte"[14]. En un sentido también concordante se manifestó la **CrIDH** en el **Caso Olmedo Bustos** cuando reiteró que: *"Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana"*[15]. Esto con relación a la actuación de órganos del Estado como tal, obviamente realizando acciones que se consideran llevadas a cabo por dicho órgano como entidad, no por las personas individualmente consideradas que las llevan a cabo.

También puede darse que las violaciones no sean llevadas a cabo por entidades estatales propiamente dichas sino por **agentes estatales**, **autoridades estatales** o incluso por **particulares**[16]. El concepto de **agente estatal** tiene para el **DIDH** un contenido autónomo que es independiente de la organización formal y legal que contemple el Estado dentro de su ordenamiento interno. Se incluyen dentro de este concepto tanto los particulares en los que el Estado delegue poderes públicos (ejemplo los colegios oficiales y en algunos casos las autoridades de los grupos indígenas) y cualquiera otra personas que estén subordinadas de cualquier forma al Estado y ejecuten actos por orden de éste o con su tolerancia o aquiescencia.

Así por ejemplo en el **Caso Blake** (y en otros varios casos contra el Estado Guatemalteco) la **Corte Interamericana** consideró que el Estado era responsable por las violaciones a derechos humanos cometidas **PACs**, (o patrullas de autodefensa civil) las cuales, aún cuando estaban conformadas por civiles, recibían apoyo logístico, armamento, y dirección por parte del Estado. Como quedó demostrado en ese caso las PACs tenían: *"una relación institucional con el Ejército"*[17]. A

[14] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 2004.

[15] CrIDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros) v. Chile, Sentencia de Fondo de 5 de febrero de 2001.

[16] Respecto al nivel de protección que el Estado debe brindar a sus coasociados frente a otros particulares el DIDH adopta en una medida significativa la doctrina del efecto en terceros u horizontal, (Drittwirkung) originado en la doctrina del Derecho Constitucional Alemán.

consecuencia de esta relación institucional la **Corte Interamericana** declaró que: *"la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas practicados".* A este grupo armado se le atribuyen graves violaciones a los derechos humanos como desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales y sumarias.

Este mismo criterio le fue aplicado en el **Caso de los 19 Comerciantes** a los grupos **paramilitares** que operaban en Colombia en una época en la que el Gobierno Colombiano no había tomado las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar las actividades de estos grupos armados que degeneraron en grupos delincuenciales[18].

---

[17] CrIDH, Caso Blake v. Guatemala, Sentencia de Fondo del 24 de enero de 1998. Esta relación institucional con el ejército se fundamenta en que las PACs: realizaban actividades de apoyo a las funciones de las fuerzas armadas y, aún más, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército guatemalteco y operaban bajo su supervisión.

[18] CrIDH, Caso 19 Comerciantes v. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004. En este caso la Corte Interamericana consideró que: *"Los grupos de autodefensa se conformaron de manera legal… El Estado impulsó su creación entre la población civil, con los fines principales de auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antisubversivas y de defenderse de los grupos guerrilleros, es decir, en su concepción inicial no tenían fines delictivos. El Estado les otorgaba permiso para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico. Sin embargo, muchos grupos de autodefensa cambiaron sus objetivos y se convirtieron en grupos de delincuencia, comúnmente llamados paramilitares… A pesar que Colombia alega que no tenía la política de incentivar la constitución de tales grupos delincuenciales, ello no libera al Estado de la responsabilidad por la interpretación que durante años se le dio al marco legal que amparó a tales grupos paramilitares, por el uso desproporcionado dado al armamento que les entregó y por no adoptar las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las referidas actividades delincuenciales, aunado a que las propias autoridades militares de Puerto Boyacá incentivaron al grupo de autodefensa que tenía control en dicha zona a desarrollar una actitud ofensiva ante los guerrilleros, tal y como sucedió en este caso, pues se consideraba que los comerciantes brindaban colaboración a los grupos guerrilleros… Con base en los elementos probatorios aportados a este proceso, el Tribunal considera que, en la época de los hechos relevantes del presente caso, el grupo paramilitar que desapareció a los 19 comerciantes tenía estrechos vínculos con altos mandos de la Fuerza Pública de la región Magdalena Medio, así como también recibía apoyo y colaboración de éstos".*

En el caso de los actos cometidos por particulares propiamente dichos, bajo ciertas circunstancias, también pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado. La **CrIDH** ha establecido: *"Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial... un hecho 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 trasgresión, 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..."*[19] La obligación del Estado de organizar el Poder Público para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos se impone independientemente de que los responsables de las violaciones de estos derechos sean agentes del poder público, **particulares, o grupos de ellos**[20]**.**

Para estos efectos podemos considerar, en términos generales, como particular a todas aquellas personas que no tienen de hecho, ni de derecho vínculos de subordinación con la administración del Estado ni poderes de éste depositados en ellas. En este caso se generará responsabilidad para el Estado por permitir, tolerar o indirectamente apoyar las acciones de estos particulares. Una forma como el Estado tolera estas actividades es precisamente omitiendo su deber de investigar y sancionar sus actividades.

[19] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

[20] CrIDH, Caso Paniagua Morales y Otros v. Guatemala, Sentencia de Fondo del 8 de marzo de 1998.

II- Obligaciones Estatales Derivadas del DIDH

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** desarrolló el contenido del **Art. 1.1** de la **CADH** *in extenso* a partir del primer caso contencioso que atendió, es decir el **Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras**. En el mismo la **CrIDH** estableció de qué forma y bajo qué circunstancias surge la responsabilidad Estatal derivada del incumplimiento de las disposiciones de la **CADH**. Naturalmente, como iremos viendo, a medida que la jurisprudencia recorre su camino va a ampliar y a clarificar muchos de estos criterios.

Así estableció en dicho caso que, en términos generales, el **Art. 1.1** "*contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de los esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención".* Es decir, cada vez que se viole alguno de los derechos contenidos en la **CADH**, se estará violando automáticamente este artículo. Continúa la **CrIDH:** "*El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las* ***reglas del Derecho Internacional****, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención"*[21] (lo resaltado es nuestro). La **Convención Americana de Derechos Humanos,** si bien, por ser un tratado de derechos humanos es por naturaleza esencialmente distinta a tratados

[21] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

que establecen derechos y obligaciones recíprocas entre los Estados, se rige, en cuanto a su **cumplimiento**, **incumplimiento**, reparaciones derivadas del daño causado por su incumplimiento, entrada en vigencia, reservas, denuncia e interpretación, por las reglas generales del Derecho Internacional, relativas a estas materias. Específicamente por las disposiciones de la **Convención de Viena sobre Derecho de Tratados**. Veamos ahora cuáles son las obligaciones Estatales de acuerdo a la jurisprudencia de la **CrIDH**:

A. Obligación de Respetar los Derechos y Libertades

Continuando con el análisis del **Caso Velásquez Rodríguez,** en el mismo, la **CrIDH** establece que son dos las obligaciones generales que dimanan del **Art. 1.1** de la **CADH**, la **primera**, es la de ***"respetar los derechos y libertades"***, esta es una obligación más bien de carácter negativo, se trata de el deber del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de acción que vulnere o menoscabe alguno de los derechos consagrados en la **Convención Americana de Derechos Humanos.** Así estableció la **CrIDH** que: *"El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado... la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legalmente menoscabados por ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal... por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio de*

la dignidad humana"[22]. Como vemos el respeto de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados (y asumidas en virtud de su potestad soberana de ratificar tratados de derechos humanos) constituye una limitante a la facultad de actuar del Estado, con relación a las personas sometidas a jurisdicción. Esto a sido reiterado por la jurisprudencia de la **CrIDH**, en otra ocasión dicho tribunal estableció que: *"El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención... la salvaguardia de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos"*[23].

Sobre este punto volvió la **Corte Interamericana** en el **Caso Baena Ricardo** donde estableció que: "*en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados"*[24]. Recordemos que en este caso la mayoría de las violaciones a los derechos humanos se dieron por actos administrativos del Estado, por lo tanto la sentencia está orientada en este sentido.

---

[22] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988. La Corte reconoce sin embargo que: *"Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico".* Pero, como señalamos en esta cita, esto no implica que el poder del Estado pueda ejercerse sin límite alguno.

[23] CrIDH, Caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) v. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001.

[24] CrIDH, Caso Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) v. Panamá, Sentencia de Fondo de 2 de febrero de 2001.

B. Obligación de Garantizar

La **segunda** obligación que emana del **Art. 1.1**, de acuerdo a lo señalado en el **Caso Velásquez Rodríguez** es la de ***"garantizar"*** el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la **Convención Americana** a toda persona sujeta a su jurisdicción. "*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 manifiestan el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos... La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*"[25]. La **Corte Interamericana**, posteriormente desarrolló aún más esta obligación de **garantizar** y estableció en la **Opinión Consultiva 11** que: "*garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce*"[26]. Como consecuencia de esta obligación, surge el deber del Estado de **prevenir**, **investigar**, **sancionar** y **reparar**, las violaciones a los derechos humanos, veamos en detenimiento qué implican cada uno de estos deberes:

B.1. Deber de Prevenir

El deber de **prevención**: "*abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la sal-*

---

[25] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

[26] CrIDH, Opinión Consultiva 11 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos. Este deber general, en concordancia la obligación del Estado de ofrecer recursos internos efectivos para garantizar, implica, como dijo la Corte Interamericana en esta Opinión Consultiva, que: "*la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención*".

vaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado"[27].

B.2. Deber de Investigar

En cuanto a la obligación de **investigar**, la **CrIDH** ha dicho que, al igual que la de prevenir, es una obligación de medio o comportamiento y no de resultado. Sin embargo, "*debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad"*[28]. Continuando con el desarrollo de este deber de investigar, ahora en el contexto de las desapariciones forzadas[29], la **Corte Interamericana**, siguiendo criterios del **CDHONU,** ha señalado que: "*el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas y las violaciones del derecho*

---

[27] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

[28] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

[29] Este fenómeno de las desapariciones forzadas es examinado en una cantidad considerable de los casos atendidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo en sus primeros casos, y precisamente ha sido en el contexto de este tipo de casos donde ha sentado las bases del contenido y alcances de las obligaciones que se derivan del Art. 1.1 de la CADH.

a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber es aplicable -a fortiori- en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados"[30]. Este deber de investigar y de lograr el esclarecimiento de los hechos debe llevarse a cabo **aun cuando no logren identificarse a los culpables** de tales hechos. Así la **CrIDH** ha establecido que: "*el Estado está obligado a investigar los hechos que produjeron las violaciones. Inclusive, en el supuesto de que las dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza,* ***subsiste el derecho de los familiares de las víctimas a conocer el destino de éstas*** *y, en su caso, el paradero de sus restos. Corresponde al Estado, por tanto, satisfacer esas justas expectativas por los medios a su alcance"*[31]. La **Corte Interamericana** podrá ordenar al Estado, como parte de las reparaciones, que investigue los hechos que las produjeron, aun en el supuesto de que el caso en la jurisdicción nacional ya se haya cerrado[32]. Tanto los familiares de la víctima, como la sociedad en su conjunto tienen derecho a conocer la verdad sobre lo ocurrido[33].

B.3. Deber de Sancionar

Toda investigación debe buscar identificar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos, con el fin de que los mismos sean sancionados por los tribunales internos del Estado, de acuerdo con lo que prescriba su legislación. De ahí entonces el tercero de los deberes que comentamos, el de **sancionar**. De no investigar y sancio-

[30] CrIDH, Caso Durand y Ugarte v. Perú, Sentencia de Fondo de 16 de agosto de 2000.
[31] CrIDH, Caso Castillo Páez v. Perú, Sentencia de Fondo de 3 de noviembre de 1997.
[32] CrIDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004.
[33] CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

nar a quienes sean responsables de perpetrar violaciones a los derechos humanos, el Estado estaría garantizando la **impunidad** de quienes cometen dichas violaciones.

La **Corte Interamericana** ha definido impunidad como: "*La falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento* ***y condena*** *de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus* ***familiares***"[34](lo resaltado es nuestro). Hemos hecho énfasis en que para combatir la impunidad, no sólo basta con que se investigue, se persiga, se capture, o incluso se enjuicie, sino que, repetimos, hay que condenar a los responsables. Es muy probable que una vez llegada a la fase de enjuiciamiento el sistema legal del Estado permita la interposición de recursos e incidentes que dilaten el proceso o que de alguna forma esto sirva como una estrategia para eludir una posible condena. No podemos perder de vista que en la mayoría de los casos el Estado no tiene el mayor interés en castigar a sus agentes, quienes precisamente han cometido las violaciones a los derechos humanos en nombre de aquel. En este orden de ideas, la **Corte** en el **Caso Villagrán Morales**, por citar un ejemplo, consideró que los responsables de los hechos se encontraban en impunidad, porque no habían sido identificados ni sancionados mediante "*actos judiciales que hayan sido ejecutados*".

De no cumplirse con este deber de sancionar, se estaría propiciando la **impunidad,** la **Corte Interamericana** conceptualiza como im-

[34] CrIDH, Caso Paniagua Morales y Otros v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 8 de marzo de 1998.

punidad: *"la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares".* Esta impunidad puede ser total, cuando no se ha sancionado a ninguno de los responsables, o bien puede ser parcial cuando solo se ha sancionado a un grupo de ellos, por ejemplo en el **Caso Gómez Paquiyauri** sólo se procesaron y sancionaron a los autores materiales de más bajo rango en la Policía Nacional del Perú, mientras que los autores intelectuales continúan sin ser siquiera identificados, lo que en definitiva representa también una situación de impunidad[35].

La **Corte Interamericana** considera que este deber de sancionar no puede ser eludido por el Estado, sobre todo en los casos de graves violaciones a derechos humanos como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y sumarias, las desapariciones forzadas, en estos casos: *"Son inadmisibles las disposiciones de amnistía[36], las disposiciones de*

[35] CrIDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004. Para profundizar un poco más en nuestra explicación transcribiremos el siguiente fragmento de la sentencia: *"La Corte reconoce que en el presente caso la impunidad de los responsables no ha sido total, puesto que dos autores materiales han sido juzgados y declarados culpables por los hechos. No obstante, a la fecha de la presente Sentencia, después de más de trece años, el o los autores intelectuales de los hechos aún no han sido juzgados ni sancionados. Por lo tanto, se ha configurado una situación de grave impunidad, que constituye una infracción del deber del Estado de investigar y sancionar a los responsables de los hechos violatorios de los derechos humanos en el presente caso, que lesiona a los familiares de las víctimas y que propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata".*

[36] Entre las referencias que podemos citar sobre pronunciamientos en torno a estas leyes de amnistía conviene mencionar los siguientes casos: CIDH, Caso Ignacio Ellacuría, S.J. y Otros v. El Salvador, Informe de Fondo 136/99 del 22 de diciembre de 1999 y CIDH, Caso Monseñor Oscar A. Romero v. El Salvador, Informe de Fondo 37/00 del 13 de abril de 2000.

prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables"[37]. Tampoco puede eludirse este deber permitiendo dilaciones excesivas en los procesos, que se siguen a los violadores de derechos humanos[38]. De lo contrario, además de propiciarse el clima de impunidad y de subsistir la responsabilidad estatal por tales hechos, se estaría dejando en indefensión a los familiares de las víctimas que tienen derecho a que se castigue a los responsables. Esto es importante porque existe una tendencia generalizada a creer que el objeto y fin de los derechos humanos únicamente es "proteger a los delincuentes y respetarles sus derechos y garantías", pues no, esta es una visión bastante incompleta y genera críticas irresponsables. La verdad es que para el régimen internacional de derechos humanos es de suma importancia que las justas expectativas y derechos de los familiares de las víctimas y de las

[37] CrIDH, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y Otros) v. Perú, Sentencia de Fondo de 14 de marzo de 2001. Este criterio ha sido mantenido a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En este caso este pronunciamiento se dio por la expedición de leyes de amnistía. Así mismo en el Caso Bulacio v. Argentina, se mantuvo este criterio pero enfocado al fenómeno de la prescripción, lo que motivo que la Corte se pronunciara en el sentido de considerar que: "*De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos*" (Sentencia de 18 de septiembre de 2003).

[38] A este respecto expresó la Corte en el Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala que: "*el juez interno, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo, de modo que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que pueden tener efectos dilatorios… la Corte considera que los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial. Esto conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones*" (Sentencia de 25 de noviembre de 2003).

propias víctimas sean plenamente satisfechos[39]. De ahí que la **Corte Interamericana** ha manifestado en su jurisprudencia constante que: "*del art. 8 de la Convención Americana se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables como en busca de una debida reparación*"[40]. Como hemos, ya señalado y lo reiteramos, la impunidad causa un terrible sufrimiento a las víctimas y a sus familiares, quienes se sienten vulnerables e indefensos frente al Estado, esta situación les provoca una profunda angustia y les impide desarrollar su vida con normalidad[41].

La **CrIDH** en el **Caso Villagrán Morales** consideró que el solo hecho de que los responsables no hubiesen sido condenados constituía una violación *per se* de la **CADH**: "*Esta sola consideración basta para concluir que el Estado ha violado el artículo 1.1 de la Convención, pues no ha castigado a los autores de los correspondientes delitos. Al respecto, no viene al caso discutir si las personas acusadas en los procesos internos debieron o no ser absueltas. Lo importante es que, con independencia de si fueron o no ellas las responsables de los ilícitos, el Estado ha debido identificar y castigar a quienes en realidad lo fueron, y no lo hizo*"[42]. Ahora, conviene advertir que la **CrIDH** posteriormente reconoció que la falta de una condena no puede considerarse en todos los casos una violación *per se* de la **CADH**[43], compartimos ese criterio por encima del anterior, pues debe comprenderse que in-

[39] Tanto es así que en la modificación que se hizo al reglamento de la Corte Interamericana en el 2001 se instituyó como parte en el proceso a los representantes de la víctima, anteriormente sólo actuaban ante la Corte, los agentes estatales y los delegados de la Comisión Interamericana. Actualmente las presuntas víctimas o sus familiares pueden presentar de manera autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y esgrimir pretensiones coincidentes o no con las de la Comisión Interamericana.

[40] CrIDH, Caso Villagrán Morales y Otros (de los "Niños de la Calle") v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de Noviembre de 1999.

[41] CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

[42] CrIDH, Caso Villagrán Morales y Otros (de los "Niños de la Calle") v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de Noviembre de 1999.

[43] CrIDH, Caso Las Palmeras v. Colombia, Sentencia de Fondo de 6 de diciembre de 2001.

cluso en los casos en que el Estado actúe con la mayor diligencia es posible que un delincuente burle la justicia. La obligación de sancionar es, al igual que la prevenir y la de investigar, una obligación de medio o comportamiento.

B.4. Deber de Reparar

El cuarto de los deberes que emanan de la obligación de "*garantizar*" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la **Convención Americana** es el de **reparar**[44]**.** El cual implica que todo Estado Parte deberá responder por las consecuencias del incumplimiento de la misma[45]. Esta obligación no se presenta aislada, como mencionamos, está íntimamente relacionada con las otras tres que hemos ido viendo, la **CrIDH** estableció en el **Caso Caballero, Delgado y Santana** que: "*para garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, no es suficiente que el Gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del Gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada...*" Como vemos, la reparación de los efectos de las violaciones a los derechos humanos es la consecuencia lógica de una plena garantía de dichos derechos.

Este derecho de la víctima, sus familiares y en algunos casos hasta de la sociedad en su conjunto, si bien se desprende y tiene su fundamento en la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los

---

[44] Con relación a este deber de reparar nos enfocaremos en los conceptos generales, pues no es el objeto de este capítulo ni del presente Manual, hacer un estudio de cómo la Corte Interamericana ha aplicado fijado las reparaciones en los casos concretos que ha sustanciado.

[45] Este concepto de reparaciones se ha ido ampliando a medida que se ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humano. Es un concepto abarcador que no solo implica el deber del Estado de reparar las consecuencias que las violaciones de los derechos humanos produjeron en las víctimas y sus familiares, sino que también incluye otras formas de reparación que son *erga omnes,* esta situación se da, por ejemplo cuando, cuando la CrIDH ordena al Estado adecuar algún punto de su legislación interna para que ésta sea cónsona con las obligaciones internacionales asumidas por dicho Estado en materia de derechos humanos.

derechos contenido en el **Art. 1.1** de la **CADH**, está regulado en el **Art. 63.1** de dicho tratado. El cual establece que: "*cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la 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 y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*". Este artículo constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes. Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. En este sentido, las reparaciones que se establezcan deben guardar relación con las violaciones declaradas en la sentencia. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores[46].

La reparación del daño causado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea factible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, corresponde a la **Corte Interamericana** ordenar que se adopten medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se efectúe el pago de una indemnización como compensación de los daños ocasionados. La obligación de reparar, que se regula en todos sus aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno. En lo que se refiere a la violación del derecho a la vida y algunos otros derechos (libertad e integridad personales, garantías judiciales y protección judicial) por no ser posible la *restitutio in integrum* y teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indem-

[46] Este criterio es una constante en la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos

nización o compensación pecuniaria. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos, como veremos más adelante esto es el deber de no repetición. Siendo las reparaciones el género, las especies serían a) las indemnizaciones pecuniarias en sus diversos conceptos, como veremos a continuación, y b) las otras formas de reparación.

Las reparaciones comprenden los siguientes conceptos: a) Daño material, b) Daño inmaterial, c) Otras formas de reparación, d) Costas y gastos. Repetimos, alguno de estos conceptos son cubiertos mediante el pago de indemnizaciones pecuniarias y otros, mediante otros actos. Veamos cada uno de ellos.

a) Daño Material: este supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y los gastos efectuados por sus familiares con motivo de los hechos violatorios o lesivos, esta indemnización busca compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones declaradas en la sentencia[47]. Este concepto incluye:

- Pérdida de ingresos (lucro cesante)[48].
- Daño emergente[49].
- Daño Patrimonial familiar[50] (en algunos casos).

---

[47] CrIDH, Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Aunque reiteramos una vez más que estos son criterios constantes y uniformes en los fallos de este Tribunal.

[48] Para determinar este concepto se toma en cuenta el salario o sueldo, según el caso, que ganaba la víctima al momento de los hechos, el aumento del salario o sueldo de la víctima en el tiempo, el aumento del costo de vida, la inflación del país, entre otros. CrIDH, (Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003).

[49] Se refiere a los gastos en que incurrió la víctima que tuvieren un nexo causal con los hechos del caso, distinto de los que hubiere asumido respecto de la tramitación ante los órganos judiciales internos. (CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004). O bien, los gastos en que en este mismo sentido hubieran tenido que incurrir los familiares de la víctima. Es, en sentido amplio, la representación económica de los gastos ocasionados con motivo de los efectos, de diversa índole, producidos por las violaciones, excepto las costas y gastos legales, que tienen una sección aparte.

[50] Poco usual, decretado en el Caso Bulacio v. Argentina, en ese caso la CrIDH observó que los familiares de la víctima perdieron sus trabajos o la posibilidad de realizar sus actividades cotidianas debido al cambio de sus circunstancias personales como consecuencia de los hechos a los que se refiere el presente caso. (Sentencia de 18 de septiembre de 2003).

b) Daño Inmaterial: consiste en los efectos lesivos de los hechos, que no tienen carácter económico o patrimonial. El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas directas y a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a las víctimas, de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos[51]. Estos últimos los veremos a continuación en el punto (c) siguiente, cuando hagamos referencia a las **otras formas de reparación**. Como ejemplos de reparaciones al daño inmaterial podemos señalar:

- La Sentencia[52].
- Las Indemnizaciones pecuniarias en concepto de este daño.
- Gastos de atención médica por los daños sufridos por las víctimas o sus familiares.

c) Otras Formas de Reparación: aquí la **CrIDH** considera otros efectos lesivos de los hechos, que no tienen carácter económico o patrimonial, y que podrían ser reparados mediante la realización de actos del poder público, que incluyen la investigación y sanción de los responsables, y que reivindiquen la memoria de la víctima, den consuelo a sus deudos y signifiquen reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos acaecidas, y entrañen además el compromiso de que tales hechos no vuelvan a ocurrir[53]. El **CDHONU** también

[51] CrIDH, Caso 19 Comerciantes v. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004.
[52] La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido reiteradísima en considerar que la sentencia constituye, *per se,* una forma de reparación.
[53] CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

se ha pronunciado en este sentido: "*la reparación, puede involucrar restitución, rehabilitación y medidas de satisfacción, tales como disculpas públicas, monumentos públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y prácticas relevantes, así como llevar ante la justicia a los perpetradores de las violaciones a los derechos humanos*"[54].

Veamos ahora ejemplos de otras formas de reparación que han sido decretadas a lo largo de la jurisprudencia:

- Investigación y sanción de los responsables.
- Garantía de no repetición de los hechos lesivos.
- Adecuación de la normativa interna a la Convención Americana.
- Obligación de efectuar una búsqueda seria de los restos mortales de las víctimas[55].
- Edificación de un monumento en memoria de las víctimas[56].
- Un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de desagravio a los familiares de las víctimas.
- Otorgar tratamiento médico y psicológico a los familiares de las víctimas[57].

---

[54] ONU, Human Rights Committee, General Comment No.31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 2004.

[55] Así por ejemplo en el Caso de los 19 Comerciantes v. Colombia, la CrIDH, consideró que: "*Esta actividad es de suma importancia para reparar el daño inmaterial ocasionado a los familiares de la víctima en casos de desaparición forzada, en los cuales el desconocimiento del paradero de los restos mortales la víctima ha causado y continúa causando una humillación y sufrimiento a sus familiares*" (Sentencia de 5 de julio de 2004). Este criterio es una constante también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, debido a la buena cantidad de casos que hay de desapariciones forzadas de personas, tomamos una cita del Caso de los 19 Comerciantes solo por motivos didácticos, para ilustrar mejor al lector, pero hay varios casos en este sentido.

[56] CrIDH, Caso 19 Comerciantes v. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004. Esta modalidad sí es reciente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con esta medida se procura, entre otras cosas, despertar la conciencia para evitar la repetición de los hechos y conservar la memoria de las víctimas.

[57] CrIDH, Caso 19 Comerciantes v. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004. Siguiendo con este Caso, el cual hemos tomado de ejemplo más de una vez, vemos que en el mismo la Corte Interamericana dispuso la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas, incluyendo los medicamentos. Obviamente para tratar las afectaciones de esta índole producto de la desaparición forzada de las víctimas.

- La publicación de las partes pertinentes de la sentencia de la Corte[58].
- Dar oficialmente el nombre de la víctima a alguna institución o edificio público[59].
- Establecer programas de educación y asistencia vocacionales para los ex internos de una prisión[60].
- Proporcionar un lugar para enterrar los restos de la víctima[61].
- Adopción de medidas de formación y capacitación de funcionarios públicos[62].

---

[58] Así por ejemplo en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, la Corte estimó como medida de satisfacción que el Estado debe: "*publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esta Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes y la parte resolutiva de la misma.* (Sentencia de 8 de julio de 2004).

[59] Siguiendo con el Caso Gómez Paquiyauri, resulta interesante que la Corte Interamericana ordenó al Perú dar el nombre de las víctimas a un colegio, mediante una ceremonia pública y en presencia de los familiares. Con esta medida se procura, entre otras cosas, despertar la conciencia para evitar la repetición los hechos y conservar la memoria de las víctimas.

[60] En el Caso del Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay, el Tribunal Interamericano ordenó como una de las formas de reparación que: "*el Estado brinde asistencia vocacional, así como un programa de educación especial destinado a los exinternos del Instituto que estuvieron en éste entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, dentro de un plazo de seis meses*" (Sentencia de 2 de septiembre de 2004).

[61] También en el arriba citado Caso del Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay, la Corte Interamericana, dispuso que el Estado: "*otorgara a la madre de la víctima un espacio para depositar el cadáver de su hijo en un panteón cercano a la residencia de ésta*", puesto que no contaban con los recursos económicos para sufragar uno (Sentencia de 2 de septiembre de 2004).

[62] En el Caso Tibi v. Ecuador, la CrIDH, ordenó al Estado Ecuatoriano: "*establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, relacionados con la detención de personas, sus derechos y garantías judiciales, el trato que deben recibir, sus condiciones de detención, tratamiento y control médico, el derecho a contar con un abogado, a recibir visitas, a que los procesados y condenados se alojen en instalaciones diferentes. En fin, el Estado debe garantizar que se apliquen los estándares internacionales. El diseño e implementación del programa de capacitación, deberá incluir la asignación de recursos específicos para conseguir sus fines y se realizará con participación de la sociedad civil. Para estos efectos, el Estado deberá crear un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos. El Estado deberá informar a esta Corte sobre la constitución y funcionamiento de este comité, en el plazo de seis meses".* Esta fue una forma de reparación inédita hasta ese momento, y consideramos que sus resultados serían fabulosos si se lleva a cabo con seriedad. Esperamos que se siga repitiendo en los casos siguientes y que se adopten varias modalidades de la misma.

- Restitución de la víctima en su puesto de trabajo y actualización profesional de la misma[63].
- Adecuación de un determinado centro de detención a los estándares internacionales de derechos humanos en materia de derecho penitenciario[64].

d) Costas y Gastos: sólo en el supuesto de que el Estado pierda el caso la **Corte Interamericana** lo condenará a pagar también las Costas y Gatos. Si el Estado gana (lo que sólo ha ocurrido en contadísimas ocasiones) no se condenará al peticionario ni a la presunta víctima en este concepto. Como lo ha señalado la **CrIDH** en su jurisprudencia constante, las Costas y Gastos deberán cubrir las erogaciones hechas por las víctimas o sus familiares que hayan sido necesarias para impulsar los procesos tanto a nivel nacional (esto en sentido amplio no solo incluye las gestiones judiciales, sino también todas aquellas necesarias para encontrar la verdad sobre lo ocurrido y obtener justicia), como ante los organismos del **SIPDH**. Aquí se toma en cuenta la acreditación de los gastos realizados, las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos.

---

[63] Esta interesante forma de reparación fue ordenada en el Caso De la Cruz Flores v. Perú, la reincorporación al trabajo debía darse al menos en un grado equivalente al que ostentaba la víctima al momento de su detención, además debía otorgársele una beca para su capacitación y actualización profesional, y no sólo eso, el Estado fue obligado a reinscribir a la víctima en el correspondiente registro de jubilaciones, con efecto retroactivo a la fecha en que fue excluida del mismo y asegurarle el pleno goce de su derecho a la jubilación, en las condiciones en que lo tenía antes de su detención (Sentencia de 18 de noviembre de 2004).

[64] En el Caso Lori Berenson Mejía v. Perú la Corte ordenó al Estado: "*adoptar las medidas necesarias para adecuar las condiciones de detención en el penal de Yanamayo a los estándares internacionales y trasladar a otras prisiones a quienes por sus condiciones personales no puedan estar recluidos a la altura de dicho establecimiento penal. Al respecto, el Estado deberá rendir informes cada seis meses a esta Corte sobre esa adecuación, la cual deberá ser llevada a cabo en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia*" (Sentencia de 25 de noviembre de 2004).

Es de suma importancia destacar que la **Corte Interamericana** ha sido reiterativa y constante en señalar que las indemnizaciones pecuniarias y sumas que ella decrete deben pagarse a la víctimas **NO PUEDEN SER OBJETO DE NINGÚN TIPO DE GRAVÁMENES,** como señaló la **Corte Interamericana** en uno de sus casos más recientes: *"Las cantidades asignadas en la presente Sentencia bajo los conceptos de indemnizaciones por daño material e inmaterial y por reintegro de costas y gastos, no podrán ser afectados, reducidos o condicionados por motivos fiscales actuales o futuros. Por ende, deberán ser entregados a los beneficiarios en forma íntegra conforme a lo establecido en esta Sentencia"*[65]

Por último debemos mencionar que en los casos en que el Estado tenga responsabilidad directa puesto que el autor sea una de sus agentes, la obligación de reparar no dependerá de que se identifique el agente, desde el momento en que se determina que el responsable fue un agente estatal, se conozca o no su identidad, el Estado se encuentra obligado a reparar los perjuicios causados.

B.5. Deber de no Repetición

Podríamos agregar como un quinto deber, el de **no repetición.** El Estado está obligado, *"en virtud de los deberes generales de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (Arts. 1.1 y 2 de la Convención) a adoptar las medidas necesarias para asegurar que violaciones como la que han sido declaradas en la presente sentencia no se producirán de nuevo en su jurisdicción"*[66]. Este deber casi siempre aparece expresado en la parte de la sentencia relativa a las reparaciones, porque de cierta manera es una forma de reparación "erga omnes", ya que se ordena en beneficio de todas las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción del Estado. Este deber de no repetición se desprende directamente de las obligación de garantizar

[65] CrIDH, Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

[66] CrIDH, Caso Suárez Rosero v. Ecuador, Sentencia de Fondo de 12 de noviembre de 1997.

los derechos contenida en el **Art. 1.1** de la **CADH**, por lo tanto no es esencial que la **Corte Interamericana** lo reafirme en las reparaciones, el Estado debe tomar por iniciativa propia todas aquellas medidas necesarias para los hechos violatorios no se vuelvan a repetir en su territorio, en virtud de la obligación contenida en el mencionado **Art. 1.1** y del principio Pacta Sunt Servanda contenido en el **Art. 26** de la **Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados**

III- La Posición de Garante como Elemento Modificador de la Responsabilidad

Es de advertirse que todas las obligaciones estatales se ven acrecentadas cuando el Estado se encuentra en **posición de garante** respecto a una persona. Cuando el Estado está en posición de garante se invierte la carga de la prueba de la violación, es el Estado quien tendrá que demostrar de manera fehaciente que lo ocurrido a la víctima no le era imputable. Para traer a colación un ejemplo tan gráfico como clásico, un detenido en un centro penitenciario, enferma por ingestión de alimentos en mal estado o agua insalubre, se presume que el Estado es responsable por estar en posición de garante respecto a ese detenido, es el Estado quien deberá probar de manera convincente que no tiene responsabilidad es ese hecho. La **CrIDH** se ha referido constantemente a la **posición de garante** que tiene el Estado respecto a las personas que ha privado de su libertad personal[67], que es precisamente el ejemplo más común y estudiado de este fenómeno modificador de la responsabilidad en materia del **DIDH**[68], sin embargo es importante recalcar que también se pueden dar otras situaciones que generen una **posición de garante** con relevancia para el **DIDH**[69]**.**

[67] CrIDH, Caso Neira Alegría y Otros, Sentencia de Fondo de 19 de enero de 1995.

[68] El efecto de la posición de garante en la responsabilidad estatal frente a los detenidos es tratado en la sección sobre derechos diferenciados en función de grupo

[69] Por ejemplo la situación de los niños o niñas en orfelinatos estatales

IV- Obligación de Adecuar el Derecho Interno

El **Art. 2** de la **CADH**, el cual contiene la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, la **Corte Interamericana** en su jurisprudencia ha ido evolucionando paulatinamente en cuanto a la interpretación y aplicación de este artículo, siempre teniendo como norte una tutela más efectiva de los derechos consagrados en la **CADH.**

Como un primer paso sería oportuno que presentásemos, en términos generales, las implicaciones de este **Art. 2.** La **CrIDH**, en relación con el mismo, ha establecido a partir del **Caso Castillo Petruzzi** que: "*El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*"[70]. Partiendo de esta primera perspectiva, nos referiremos primero a la expedición y supresión de normas, y luego a la supresión y al desarrollo de prácticas.

Con relación al primero de los dos puntos mencionados, la **Corte Interamericana,** en el **Caso Garrido y Baigorria** ha reafirmado que: "*En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas*". Además ha establecido en ese mismo caso que:"*la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados... Esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en el orden interno. Y esas medidas son efectivas*

[70] CrIDH, Caso Castillo Petruzzi y Otros v. Perú, Sentencia de Fondo de 30 de mayo de 1999.

cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y en caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella"[71]. Es decir, no basta con que exista una norma que proteja alguno de los derechos consagrados en la **CADH**, hace falta también que esa norma se aplique realmente, para que la tutela del mencionado derecho no sea ilusoria, de lo contrario el Estado no estaría cumpliendo con la obligación que le impone el **Art. 2** de la **CADH**.

En este sentido, la **Corte Interamericana** ha establecido que un Estado puede violar la **CADH** omitiendo dictar las normas a que está obligado por mandato del **Art. 2**[72], o también, obviamente, dictando disposiciones contrarias a lo dispuesto por dicho tratado[73]. Este último supuesto puede darse, bien sea porque estas disposiciones contrarias ya estaban vigentes en el Estado en cuestión antes de la entrada en vigencia de la **CADH**, o bien porque hayan sido dictadas con posterioridad a la misma. En ambos casos el Estado debe modificarlas o derogarlas de tal forma que no entren en conflicto con la **CADH**. La posición de la **CrIDH** a partir del **Caso Suárez Rosero,** mantenida hasta hoy, es la considerar que la existencia de una ley contraria a la **CADH** viola *per se* el **Art. 2** de la misma, independientemente que haya sido aplicada[74]. Frente a esta situación el Estado debe abstenerse

---

[71] CrIDH, Caso Garrido y Baigorria v. Argentina, Sentencia de Reparaciones de 27 de agosto de 1998.

[72] Por ejemplo en el Caso del Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay, la Corte Interamericana condenó al Estado precisamente por no haber dictado las normas a que está obligado, la CrIDH concluyó en ese caso que: *"el Estado, al no establecer un órgano jurisdiccional especializado para niños en conflicto con la ley hasta el 2001, ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera en consideración de manera adecuada su situación especial, violo los artículos 2 y 8.1 de la Convención, ambos en relación con los artículos 19 y 1.1 de misma, respecto de los niños que estuvieron internos en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001"* (Sentencia del 2 de septiembre del 2004). Como vemos en este caso, el Estado actualmente ha adoptado la legislación pertinente, sin embargo los hechos por los que fue condenado se produjeron durante el periodo en el que no lo había hecho.

[73] CrIDH, Opinión Consultiva 13 del 16 de julio de 1993, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[74] CrIDH, Caso Suárez Rosero v. Ecuador, Sentencia de Fondo de 12 de noviembre de 1997.

de aplicar dichas normas. Es decir, que en el caso de que no sean leyes de aplicación inmediata, no interesa verificar si la autoridad aplicó o no aplico dicha ley, porque su sola existencia[75] constituye una violación al mencionado **Art. 2,** esto es lo que se conoce en el ámbito de los derechos humanos como una **violación en abstracto**. Por supuesto, y casi no falta decirlo, que: *"el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado"*[76]. Una norma contraria a la **CADH** puede generar responsabilidad internacional para el Estado, independientemente del rango que pueda tener en el derecho interno, incluso si estamos frente a una norma constitucional[77].

En este sentido, tanto la **CrIDH** como la **CIDH** (**Art. 33** de la **CADH**) podrán pronunciarse sobre la compatibilidad o incompati-

[75] Otro ejemplo bastante claro de esta situación lo podemos apreciar en los hechos del Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros v. Trinidad y Tobago, en este caso existía en dicho Estado una ley de pena de muerte obligatoria para todo aquel que cometiera el delito de homicidio intencional (doloso), luego de determinar que esta ley era violatoria de diversos artículos de la CADH, la Corte Interamericana estableció que: *"aun cuando no se ha ejecutado a 31 de las presuntas víctimas en este caso, es posible declarar una violación del artículo 2 de la Convención, en virtud que la sola existencia de la Ley de delitos contra la Persona es per se violatoria de esa disposición convencional...* (Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002).

[76] CrIDH, Opinión Consultiva 14 del 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención.

[77] Como ocurrió por ejemplo en el Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros) v. Chile donde la Corte Interamericana dijo: *"En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno"* (Sentencia de Fondo de 5 de febrero de 2001).

bilidad de la misma con la **CADH**. Y no sólo eso, además pueden en su sentencia[78] (si fuese la CrIDH) o en sus recomendaciones[79] (si

[78] CrIDH, Opinión Consultiva 14 del 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención. Un ejemplo muy claro de leyes violatorias de derechos consagrados en la Convención, que hayan sido evaluadas como tales por la CrIDH con motivo de una de sus sentencias, lo encontramos en el Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y Otros v. Perú), donde la Corte Interamericana se pronunció sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la CADH, dijo textualmente este alto tribunal: *"Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente... la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma"* (Sentencia de 14 de marzo de 2001).

[79] CrIDH, Opinión Consultiva 13 del 16 de julio de 1993, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en esta Opinión consultiva la Corte Interamericana fue enfática al afirmar que: *"No debe existir ninguna duda de que la Comisión tiene a ese respecto las mismas facultades que tendría frente a cualquier otro tipo de violación y podrá expresarse en las mismas oportunidades en que puede hacerlo en los demás casos. Dicho de otro modo, el hecho de que se trate de leyes internas y de que estas hayan sido adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada".* También en la Opinión Consultiva 14 del 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, la CrIDH reiteró este criterio.

fuese la Comisión Interamericana), pedirle al Estado que adecue[80] o en algunos casos adopte normas[81], para que su legislación interna sea cónsona las obligaciones internacionales adoptadas en virtud de la **CADH**. Esto no sólo procede con motivo del examen de casos contenciosos, también podrá, la **Corte Interamericana**, pronunciarse

[80] Como ocurrió por ejemplo en el Caso María Eugenia Morales de Sierra, donde la Comisión Interamericana recomendó al Estado Guatemalteco: *"Adecuar las disposiciones pertinentes del Código Civil para equilibrar el reconocimiento jurídico de los deberes recíprocos de la mujer y del hombre dentro del matrimonio, y adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para reformar el artículo 317 del Código Civil, para hacer congruente la legislación nacional con las normas de la Convención Americana y dar efecto pleno a los derechos y libertades que la misma garantiza a María Eugenia Morales de Sierra"* (Informe de Fondo N° 4/01 del 19 de enero de 2001). Podemos citar también como ejemplo el Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica en el cual la Corte Interamericana como una de las formas de reparación ordenó al Estado de Costa Rica que: *"dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a los establecido en el artículo 8.2 h. de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 de la misma"* (Sentencia de 2 de julio de 2004). Otro ejemplo bastante claro de lo que venimos exponiendo lo podemos encontrar en el Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago, en el que la Corte Interamericana consideró que: *"el Estado de Trinidad y Tobago debe abstenerse de aplicar la ley mencionada y, dentro de un plazo razonable, debe modificarla, adecuándola a la Convención Americana y otras normas internacionales de derechos humanos, conforme a lo dispuesto por el artículo 2 de ésta, de manera que se garantice el respeto y el goce de los derechos a la vida, a la integridad personal, al debido proceso legal y a las garantías judiciales, consagrados en ese mismo instrumento internacional. Entre las respectivas modificaciones de la legislación debe quedar incluida la referente a la introducción de diversas categorías (tipos penales) de homicidio intencional, que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta las circunstancias del delito y del justiciable y se debe establecer una graduación de los niveles de severidad de la pena que guarde relación con la gravedad de los hechos y con la culpabilidad del imputado"* (Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002). De hecho algunos consideramos que este es un tipo de reparación *erga omnes.*

[81] Aquí sería viable por ejemplo que a un Estado que aún no ha adoptado un ordenamiento penal (tanto sustantivo como procesal) que regule de manera específica la forma como éste ejercerá su *ius puniendi* frente a los adolescentes en conflicto con la ley, se ordene como parte de las reparaciones en un caso determinado adoptar normas en este sentido. Puesto que el derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado de tal manera en lo relativo a los derechos del niño y específicamente en lo relativo la justicia penal de adolescentes, que carecer de ordenamiento propio para esta categoría de personas sería un incumplimiento *per se* de las obligaciones internacionales emanadas de la CADH y de otros tratados concernientes a esta materia.

sobre la compatibilidad de las normas de derecho interno con las disposiciones de la **CADH**, con motivo de su función consultiva[82] (**Art. 64.2** de la **CADH**), así como también la **Comisión Interamericana** podrá hacerlo en sus informes[83] de país[84], anuales[85], o especiales temáticos. Incluso, en estos casos en los que estos organismos no están examinando casos contenciosos pueden pronunciarse sobre la com-

[82] CrIDH, Opinión Consultiva 14 del 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención.

[83] CrIDH, Opinión Consultiva 14 del 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención.

[84] Por ejemplo, la Comisión Interamericana en su Informe de País de Venezuela del 2003, se pronunció sobre la incompatibilidad del Art. 58 de la Constitución Venezolana con el derecho a la libertad de expresión, entre sus argumentos mencionó: *"El artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que -Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial-. La CIDH y la Relatoría en distintas partes de este informe se han manifestado acerca de estos condicionamientos. A riesgo de ser reiterativos, la CIDH y la Relatoría consideran que más allá de que el periodista debería utilizar todos los medios a su alcance para verificar la información que difunde a la sociedad, la exigencia de veracidad en la información, de ser impuesta por el Estado, podría implicar la censura de toda aquella información que es imposible de someter a prueba; ejemplo de ello es el debate político que se sustenta principalmente en ideas y opiniones de carácter netamente subjetivo"* (Informe Anual del 24 de octubre del 2003, Capítulo VI).

[85] Por ejemplo, el Informe Anual de 1994 donde en el Capítulo V la CIDH se refirío *in extenso* a la compatibilidad entre las leyes de desacato y el derecho a la libertad de expresión.

patibilidad de proyectos de leyes[86], o de reformas constitucionales[87], con la **CADH.** De adoptar el Estado leyes incompatibles con las disposiciones de la **CADH**, las mismas, según la **Corte Interamericana**, carecerían de efectos jurídicos[88].

En el ámbito del **SEPDH** se presenta una situación distinta, pues no hay en la **CEDH** ningún precepto completamente análogo al contenido en el **Art. 2** de la **CADH**, por lo que en tal sistema no existe la posibilidad de atribuir a un Estado responsabilidad por la sola emisión de una norma. Sin embargo la **CrEDH,** sí ha reconocido el derecho de los peticionarios a solicitar que se atribuya responsabilidad estatal en los casos en que la existencia de una norma "*viole sus derechos por sí misma, en la ausencia de una medida individual de aplicación, si corren el riesgo de ser directamente afectados por ella*"[89]. Esto es así

---

[86] La Comisión Interamericana, por ejemplo, se refirió a la incompatibilidad de un proyecto de ley sobre la responsabilidad social en radio y televisión con el derecho a la libertad de expresión, en el marco del Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela del 2003, la CIDH emitió su concepto de la siguiente manera: "*La CIDH nota que si bien las reglamentaciones para programas de radio y televisión son compatibles con la Convención Americana cuando se realizan dentro de los estrictos parámetros del articulo 13 de dicho instrumento, el nuevo Proyecto de Ley en discusión mantiene una serie de restricciones, definiciones y regulaciones sobre el contenido de la programación de radio y televisión que si se aplicaran podrían vulnerar las disposiciones convencionales. Por otro lado, las sanciones que se prevén, dada su rigurosidad en algunos casos podrían generar la autocensura de los medios de comunicación, lo cual atentaría gravemente contra el ejercicio del derecho en examen... Pero dado que el proyecto todavía se encuentra en discusión, la CIDH y la Relatoría esperan que el debate seguido dentro de la Asamblea Legislativa tenga en cuenta la compatibilidad de dicho proyecto de ley con las obligaciones internacionales del Estado en materia de libertad de expresión*" (Informe de País de 24 de octubre de 2003, Capítulo VI).

[87] Como ocurrió con motivo de la Opinión Consultiva 4 del 19 de enero de 1984, donde el Gobierno de Costa Rica solicitó a la Corte Interamericana que se pronunciara sobre la compatibilidad de una propuesta de modificación a la Constitución Política de ese Estado, en materia migratoria, con los derechos consagrados en los Arts. 17, 20 y 24 la CADH.

[88] CrIDH, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y Otros) v. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

[89] CrEDH, Case of Johnston and Others v. Ireland, Judgment December 18 of 1986. CrEDH, Case of Norris v. Ireland, Judgement of October 26 of 1988.

porque la simple existencia de una norma puede convertirse en una violación concreta de un derecho sustantivo cuando, por ejemplo, al establecer sanciones por el ejercicio legítimo de un derecho inhibe a un individuo de ejercitar tal derecho de la manera que lo haría de no existir la norma. No sería efectiva una tutela internacional que exigiera a los individuos violar la ley y arriesgarse a sufrir un castigo para poder acceder a su protección.

Como hemos visto este deber general de adoptar disposiciones de derecho interno, contenido en el **Art. 2** de la **CADH** tiene un amplio contenido, sin embargo, este artículo también impone a los Estados Partes de la **Convención Americana** el deber de adoptar todas aquellas medidas de **otro carácter** que sean necesarias para hacer efectivos el goce de los derechos contenidos en dicho tratado**.** Como ejemplo de la aplicación de esta disposición podemos ver que en el **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni,** la **Corte Interamericana** ordenó al Estado Nicaragüense adoptar: *"las medidas legislativas, **administrativas y de cualquier otro carácter** que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna"*[90]. Esto es así porque para lograr ciertos objetivos específicos o bien para que la ley tenga un efecto útil, hay que ordenar el aparato estatal de manera que se tomen otras acciones concretas para lograr dichos fines. Por ejemplo, y aunque esto no lo haya dicho la **Corte Interamericana**, consideramos que una de esas medidas de otro carácter en este caso pudiera ser la capacitación e instrucción de los funcionarios asignados a la tarea de delimitación, demarcación y titulación de las tierras indígenas. O por ejemplo, en el **Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago** la **CrIDH** consideró pertinente y necesario ordenar al Estado que: *"ajuste las condiciones del sistema carcelario a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia".* En el **Caso de los "Cinco Pensionistas" v. Perú,** la **Corte Interamericana** condenó al Estado -inter alia-, precisamente, por NO adoptar esas medidas de otro carácter las

[90] CrIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicaragua, Sentencia de Fondo de 31 de agosto de 2001.

cuales, en ese caso, consistían en cumplir con una sentencia de un tribunal interno de Perú que reconocía ciertos derechos de las víctimas. Por eso la **Corte Interamericana** dijo en esa ocasión que: *"el Estado, al haberse abstenido de adoptar por un largo período de tiempo el conjunto de medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a las sentencias de sus órganos judiciales y consecuentemente hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana (artículos 21 y 25), incumplió la obligación estipulada en el artículo 2 de dicho tratado"*[91]. Como vemos las medidas de otro carácter no tienen una clasificación de *numerus clausus* sino que por el contrario, pueden ser de diversa naturaleza.

V- Principio de Unidad o Continuidad

Un principio de Derecho Internacional Público que rige también en materia de Derechos Humanos es el principio de **identidad o continuidad del Estado**, según el cual, *"la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron"*[92]. En la práctica es común ver que en la tramitación de un caso contra un Estado determinado pueden verse involucrados dos, tres o hasta cuatro gobiernos distintos, un ejemplo clásico que lo ilustra muy bien es el **Caso Baena Ricardo v. Panamá**. En este caso los hechos violatorios que dieron lugar a la denuncia y el trámite ante la **Comisión Interamericana** se produjeron durante el gobierno que estuvo de 1990 a 1994, el proceso ante la **Corte Interamericana** fue llevado adelante por el gobierno que estuvo en el poder entre 1994 y 1999, y el cumplimiento de la sentencia le tocó a los gobiernos de 1999-2004 y 2004-2009.

---

[91] CrIDH, Caso de los "Cinco Pensionistas" v. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003.

[92] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica:** Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica	No Reconocido expresamente	**PIDCP** **Artículo 16** Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

El reconocimiento internacional de este derecho pretende tutelar la dignidad del ser humano en su calidad de persona natural al prohibir que se le tenga como un objeto, negando dicha dignidad, para tal fin se complementa con la prohibición absoluta de la esclavitud recogida en el *ius cogens*[1]. Bajo esta premisa toda persona natural en cualquier Estado en que se encuentre debe ser considerada al menos como un sujeto jurídico pasivo, es decir un titular de derechos.

Este derecho es tan esencial que de no existir, el reconocimiento de los demás derechos fundamentales se haría ilusorio, en este sentido, forma un bloque de tutelaje internacional junto con el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre y el derecho a la protección judicial con lo cual se busca que ningún individuo se vea frente al Estado en una situación de desprotección jurídica, no basta con que se reconozca un derecho, es necesario que se creen los medios para hacer valer jurídicamente , la personalidad jurídica es un prerrequisito para acceder a esos medios.

La **CrIDH** en el caso **Bámaca Velásquez**[2] ha expresado que: "*El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la ca-*

[1] CrIDH, Caso Aloeboetoe y Otros v. Suriname, Sentencia de Reparaciones del 10 de septiembre de 1993.
[2] CrIDH, Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 25 de noviembre de 2000.

pacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes".

Para que exista violación a este derecho las acciones del Estado deben estar orientadas a suprimir o a menoscabar específicamente la personalidad **jurídica** de la persona, no la personalidad física. Por eso, la **CrIDH** en el mencionado caso ha establecido: *"El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 de la Convención Americana tiene, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio".* En el comentado caso la **Corte Interamericana** señaló que la desaparición forzada de una persona no implica *per se* violación a su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

El **Juez Sergio García Ramírez,** en su **Voto Razonado Concurrente**[3] con motivo de dicha sentencia, profundiza un poco más en este punto y explica que el contenido del derecho es la personalidad jurídica la cual *"... a su vez implica la capacidad que tiene la persona para ser, por esa misma condición radical, persona jurídica. Y esto último se caracteriza como la posibilidad de ser sujeto de obligaciones y titular de derechos... el desconocimiento de la personalidad jurídica equivaldría a la negación absoluta de la posibilidad de que una persona humana sea titular de derechos y obligaciones. En este caso se le trataría como a un objeto –materia de una relación jurídica, no sujeto de ella-, o se le reduciría a la condición de esclavo. De todo lo dicho se desprende que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica tiene sustancia o entidad propias y no puede ser visto como un reflejo de una situación de hecho que prive al individuo de la posibilidad de ejercer los derechos de los que, sin embargo, no se le ha negado la titularidad. Esto entrañaría una situación jurídica –desconocimiento de la personalidad de este carácter-, en tanto aquello constituye un hecho,*

[3] CrIDH, Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 25 de noviembre de 2000, Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

tan deplorable o limitante como se quiera, pero no necesariamente derogatorio, en sí mismo, de la personalidad jurídica del ser humano que lo padece."

La posición del **Juez García Ramírez** es, a nuestro entender, totalmente acertada, el derecho a la personalidad jurídica nada tiene que ver con las situaciones de hecho que pueden interferir con el ejercicio de los derechos sobre los cuales la persona tiene titularidad, sin embargo consideramos imprescindible advertir que diferente sería el supuesto donde el ejercicio de estos derechos se viera negado jurídicamente, donde sí se estaría sustrayendo al individuo de su personalidad jurídica activa.

Sobre este punto también se pronunció el **Juez Roux Rengifo**, tratando de aclarar la duda sobre si la desaparición forzada implica *per se* violación al derecho a la personalidad jurídica, dice que: "*... la cuestión de la personalidad jurídica pertenece a un orden completamente distinto al del uso y goce, en el plano de los hechos, de los derechos del sujeto de que se trata... la consagración normativa del derecho a ese reconocimiento se dirige a contrarrestar un flagelo que merece ser combatido, en su especificidad, con el mayor vigor: aquel que consiste en que determinados ordenamientos jurídicos establecen, por definición, que ciertas categorías de seres humanos carecen de la condición de sujetos de derechos y deberes y son, para todos los efectos, asimilables a las cosas*"[4].

Las mejores luces que la jurisprudencia nos da sobre este tema las aporta el **Juez Antonio Cançao Trindade** al recordarnos la importancia de diferenciar entre la personalidad jurídica y la capacidad jurídica[5], una persona no se ve privada de su personalidad jurídica por

[4] CrIDH, Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 25 de noviembre de 2000, Voto Razonado del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo.

[5] CrIDH, Opinión Consultiva 17 del 28 de agosto del 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Razonado del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

no estar en plena capacidad de ejercer sus derechos por sí mismo, sin embargo sí se le privaría de su personalidad jurídica en el caso de que no se le reconociera del todo el derecho a ejercer derechos.

Este derecho, en cambio, ha sido desarrollado de manera más progresiva y proteccionista por la **Comisión Interamericana**[6], la cual ha establecido que: "*El artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Cuando los señores… fueron detenidos por agentes del Estado y luego desaparecidos, fueron excluidos del orden jurídico e institucional del Estado peruano. En este sentido, la desaparición forzada de personas significa la negación de la propia existencia como ser humano revestido de personalidad jurídica*".

En otro de sus informes[7], la **CIDH** establece que: "*Para la víctima, la consecuencia de una desaparición forzada consiste en que se le deniegan los derechos más esenciales, considerados inherentes al hecho mismo de su condición humana. Por lo tanto, el acto de la desaparición forzada viola el derecho de una persona conforme al artículo 3 de la Convención Americana al reconocimiento de la personalidad jurídica*".

La **Comisión Interamericana** ha sido reiterativa en este sentido, y persiste en utilizar estos argumentos para sustentar que la **desaparición forzada** de una persona implica una violación a su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Además de los casos ya expuestos, podemos mencionar a manera de ejemplo, el **Tarcisio Medina Charry**[8] y el **Samuel de la Cruz Gómez**[9]**.** La **Corte Interame-**

---

[6] CIDH, Caso Pedro Pablo López Gonzáles y Otros v. Perú, Informe de Fondo Nº 111/00 del 4 de diciembre del 2000.

[7] CIDH, Casos 10.588, 10.608, 10.796, 10.856 y 10.921 v. Guatemala, Informe de Fondo Nº 40/00 del 13 de abril de 2000.

[8] CIDH, Caso Tarcisio Medina Charry v. Colombia, Informe de Fondo Nº 3/98 del 7 de abril de 1998.

[9] CIDH, Caso Samuel de la Cruz Gómez v. Guatemala, Informe de Fondo de Nº 11/98 del 7 de abril de 1998.

ricana en cambio no acepta está tesis, y nosotros concordamos con el punto de vista del tribunal.

Las formas clásicas de violación de este derecho son obviamente la esclavitud y la muerte civil ambas repudiadas por el *jus cogens*, sin embargo no son las únicas. También se viola en situaciones de apatridia, no por el hecho de la apatridia en sí, si no por que la mayoría de los ordenamientos jurídicos están organizados de manera tal que la falta de una nacionalidad se convierte en un impedimento para realizar actos jurídicos, a pesar de que no se está negando *per se* la condición de titular de derechos, la imposibilidad jurídica de acceder a los medios de protección de los mismos constituye una violación directa al reconocimiento de la personalidad jurídica. De igual manera los ordenamientos jurídicos que niegan a los migrantes indocumentados o a ciertos grupos específicos la capacidad de accionar jurídicamente son, a nuestro juicio, violatorios de este derecho.

También lo son los ordenamientos jurídicos que en materia de protección a la niñez aún siguen la desfasada doctrina de la protección integral donde se veía al niño como un simple objeto de protección, y no como un sujeto titular de derechos, por lo que se les negaba la personalidad jurídica.

Cabe señalar que ciertos crímenes de lesa humanidad como la esclavitud, la esclavitud sexual y la prostitución forzada pueden ser consideradas como de violación al derecho que comentamos.

Nótese que tanto la **DADH**, la **DUDH**, como el **PIDCP** hacen énfasis en que este derecho debe ser reconocido en cualquier parte, esto es así, porque no basta con que en algún Estado se le reconozca a una persona personalidad jurídica para que este derecho se vea satisfecho, se busca que la condición del ser humano como titular de de-

rechos y su capacidad de proteger jurídicamente dichos derechos no se vea subordinada al lugar donde este se encuentre. Como bien dice el **Juez Antonio Cançado Trindade**[10]**,** el mayor avance con miras a este fin ha sido precisamente el reconocimiento a la persona natural de personalidad jurídica para el derecho internacional

Este derecho también está consagrado también en la **DADH Art. XVII** y en la **DUDH Art. 6.**

[10] CrIDH, Opinión Consultiva 17 del 28 de agosto del 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Razonado del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

Derecho a la Vida

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 4. Derecho a la Vida** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.	**CEDH** **Artículo 2 . Derecho a la vida** 1 El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2 La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima ; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente ; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.	**PIDCP** **Artículo 6** 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.		5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

La **CrIDH** en el **Caso Villagrán Morales** se refirió al derecho a la vida en los siguientes términos: "*El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido*"[1]. Además, de lo expuesto por el Tribunal, es indudable que el derecho a la vida pertenece al dominio del *jus cogens*[2].

I- Obligaciones y Responsabilidad Estatal

El reconocimiento del derecho a la vida genera para los Estados obligaciones tanto de tipo negativo, como positivo el **CDHONU**[3], citado por la **CrIDH** en el **Caso Villagrán Morales**, se ha referido respecto de la posible responsabilidad Estatal por violaciones al derecho a la vida en los siguientes términos: "*El Comité considera que los Estados Partes deben tomar medidas no sólo para prevenir y castigar*

[1] CrIDH, Caso Villagrán Morales v. Guatemala (Niños de la Calle), Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999.

[2] CrIDH, Caso Villagrán Morales v. Guatemala (Niños de la Calle), Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999, Voto Concurrente Conjunto de los Jueces A. A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli.

[3] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 6: Right to life, 1982. ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 14: Right to life, 1984.

la privación de la vida causada por actos criminales sino también para prevenir los homicidios arbitrarios cometidos por sus propias fuerzas de seguridad. La privación de la vida por autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. En consecuencia, el Estado debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en las cuales una persona puede ser privada de su vida por tales autoridades".

La **CrIDH** en uno de sus casos más recientes, el **Juan Humberto Sánchez,** reitera y sintetiza algunos criterios expuestos a lo largo de su jurisprudencia sobre el tema, por lo tanto para fines didácticos preferimos citar este caso, donde el tribunal ha dicho que: "*El cumplimiento del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la CADH, no solo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía y sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben tomar las medidas necesarias, no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad"* [4]. Este deber de prevención involucra sobre todo que el Estado trate con la debida diligencia a todas aquellas personas que están bajo el control de sus fuerzas de seguridad, o de cualquiera de sus estamentos. Este deber se acentúa en casos de detenciones ilegales, donde las personas detenidas son más susceptibles de ser objeto de violaciones a su derecho a la vida.

[4] CrIDH, Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 7 de junio de 2003.

El **CDHONU** ha señalado que: "*La protección de este derecho requiere que el Estado adopte medidas positivas. En este sentido, el Comité considera que sería deseable que los Estados Partes tomen todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil y para mejorar la expectativa de vida, especialmente con la adopción de medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias*"[5]. También se ha referido a la obligación Estatal de regular actividades que puedan poner en peligro la vida de las personas tales como las plantas nucleares[6]. Sin desconocer la autonomía que el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente sano tienen dentro del **DIDH**, existe una violación Estatal al derecho a la vida cuando el Estado omite tomar medidas para combatir amenazas directas al mismo como podría ser una epidemia o la emisión de desechos tóxicos o cuando por negligencia ocasiona la muerte de una persona, por ejemplo al no observar el debido cuidado en una planta eléctrica nuclear o en un centro de salud del Estado.

Con relación al concepto "arbitrariamente"**,** la **CrIDH** en el **Caso Neira Alegría y Otros** ha dicho: "*El artículo 4.1 de la Convención estipula que "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". La expresión "arbitrariamente" excluye, como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte. Pero, en el caso que nos ocupa, el análisis que debe hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión"* [7]. En este caso, la violación al derecho a la vida se configuró debido a que el Gobierno Peruano decidió sofocar un motín en el Centro Penal "El Frontón" utilizando artillería de marina, lo que lógicamente provocó la muerte de varios internos.

---

[5] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 6: Right to life, 1982.
[6] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 14: Right to life, 1984.
[7] CrIDH, Caso Neira Alegría y Otros v. Perú, Sentencia de Fondo de 19 de enero de 1995.

La **CEDH** contempla tres causales expresas bajo las cuales no se considerará arbitraria la privación del derecho a la vida siendo estas: (1) la defensa de una persona contra una agresión ilegítima, (2) para detener a una persona conforme a derecho o impedir la evasión de un detenido legalmente y (3) para reprimir de acuerdo a la ley una revuelta o insurrección. Aunque los otros tratados de **DIDH** no hagan referencia expresa a estos supuestos, consideramos que bajo ninguno de los sistemas se pueden considerar arbitrarios dichos fines siempre y cuando el uso de la fuerza letal se atenga a los principios de necesidad y proporcionalidad.

II- Pena de Muerte

El **Juez García Ramírez** comentando la jurisprudencia arriba citada y refiriéndose a la expresión "arbitrariamente" del **Art. 4.1** ha dicho que: *"Desde luego, no puede calificarse como arbitraria, en los términos de la Convención, la muerte impuesta o infligida a un sujeto conforme a normas de fondo y forma que se ajustan a los principios que deben informarlas, y mediante juicio seguido ante autoridad competente, en el que se observen todas las garantías del debido proceso. Este descargo parece inadecuado, en cambio, cuando no ha ocurrido tal cosa, aunque en la especie no se trate de ejecución extrajudicial ni exista empleo excesivo de la fuerza al margen de mandamientos judiciales"* [8]. Esto es así porque la **Convención Americana** permite que se aplique la pena de muerte, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos que ella misma establece en el **Art. 4** y además aquellos relativos al debido proceso, estos últimos tan importantes como los primeros. Sobre el debido proceso en estos casos de pena de muerte, la **CrIDH** ha dicho que en caso de que se procediera a la ejecución de

[8] CrIDH, Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002. Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

la pena de muerte sin observancia de las garantías del debido proceso legal, se sumaría, a la violación de las garantías judiciales, la violación del derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente[9].

En la **OC-3**, la **CrIDH** determinó los alcances del **artículo 4** de la **CADH** en el contexto de la posible aplicación de la pena de muerte, conviene presentar aquí algunas de las consideraciones de la **CrIDH** al respecto: "*El objeto del artículo 4 de la Convención es la protección al derecho a la vida. Pero dicho artículo, después de definir de modo general ese propósito en su primer párrafo, dedica los cinco siguientes al tratamiento de la aplicabilidad de la pena de muerte.* ***En verdad el texto revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de dicha pena, sea en su imposición, sea en su aplicación***". (lo resaltado es nuestro).

"*El asunto está dominado por un principio sustancial expresado por el primer párrafo, según el cual "toda persona tiene derecho a que se respete su vida" y por un principio procesal según el cual "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". De ahí que, en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta no pueda imponerse sino en cumplimiento de sentencia ejecutoriada dictada por un tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. La circunstancia de que estas garantías se agreguen a lo previsto por los artículos 8 y 9 indican el claro propósito de la Convención de extremar las condiciones en que sería compatible con ella la imposición de la pena de muerte en los países que no la han abolido".*

"*Un nuevo grupo de limitaciones aparece a propósito del género de delitos que podrían acarrear dicha pena. Por una parte, se dispone que*

[9] CrIDH, Opinión Consultiva 16 de 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

la pena de muerte no podrá imponerse sino para los delitos más graves (artículo 4.2) y por la otra, se excluye de modo absoluto su aplicación por delitos políticos o por delitos comunes conexos con los políticos (artículo 4.4). La circunstancia de que la Convención reduzca el ámbito posible de aplicación de la pena de muerte a los delitos comunes más graves y no conexos, es reveladora del propósito de considerar dicha pena aplicable sólo en condiciones verdaderamente excepcionales. Por último, en relación con la persona del convicto, la Convención excluye la imposición de la pena de muerte a quienes, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años o más de setenta y prohíbe su aplicación a mujeres en estado de gravidez (artículo 4.5)".

"Quedan así definidos tres grupos de limitaciones para la pena de muerte en los países que no han resuelto su abolición. En primer lugar, la imposición o aplicación de dicha pena está sujeta al cumplimiento de reglas procesales cuyo respeto debe vigilarse y exigirse de modo estricto. En segundo lugar, su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos. Por último, es preciso atender a ciertas consideraciones propias de la persona del reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital".

"Es, sin embargo, en otro sentido como aparece más marcada y decisiva la tendencia limitativa de la aplicación de la pena de muerte, subyacente en el artículo 4 de la Convención. En efecto, según el artículo 4.2 in fine, "tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente" y, según el artículo 4.3, "no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido". No se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos

que sí han tomado esa determinación. En el primer caso, si bien la Convención no llega a la supresión de la pena de muerte, sí prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena. En el segundo caso, prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, ***ipso jure****, en una resolución definitiva e irrevocable".*

"En esta materia la Convención expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final" [10].

Esta tendencia abolicionista está recogida en el **Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte**[11], cuando en uno de los "Considerando" de su **Preámbulo** establece: "*Que la tendencia en los Estados americanos es favorable a la abolición de la pena de muerte".* Este instrumento compromete a los Estados que lo ratifican a no aplicar de manera definitiva y absoluta la pena de muerte en sus territorios, su propósito es reafirmar este compromiso ya asumido por estos mismos Estados al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta tendencia abolicionista es la dominante a nivel global, tal y como

[10] CrIDH, Opinión Consultiva 3 del 8 de septiembre de 1983, Restricciones a la aplicación de la pena de muerte.

[11] Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Adoptado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General

se observa de la lectura del **Art. 6.6** del **PIDCP,** en los **Protocolos Nº 6** y **Nº 13** de la **CEDH** y la **Carta Fundamental de Derechos de la Comunidad Europea** que proscribe la pena de muerte de manera absoluta en su **Art. 2.2**.

En nuestra opinión, la pena de muerte carece de sentido en nuestros días porque es un resabio de la justicia retributiva y de la arcaica Ley de Talión donde se consideraba que todo acto reprochable debía ser castigado aplicando al actor un castigo de igual intensidad al acto que cometió. Tal concepto se ve totalmente superado por los avances en el derecho penal moderno. En el derecho actual no se concibe a la pena como un medio de satisfacer a la víctima por el agravio sufrido, por el contrario, el fin perseguido es el de ayudar al delincuente a convertirse en un sujeto de viable reinserción social, fin al cual la pena de muerte obviamente no contribuye en nada.

También se debe considerar despreciable la pena de muerte porque, todas las formas posibles de aplicarla constituyen un trato cruel, inhumano y degradante. Todos los métodos utilizables para quitarle la vida a una persona son abominables. Además, una persona condenada a muerte sufre un doble tormento, por un lado, el inherente a ser privado de su vida y por el otro, la angustia de la espera cuando se sabe ha sido condenado a tal pena. Esto último es lo que se conoce como *dead row phenomenon* o fenómeno del corredor de la muerte.

Más lamentable aun, es la circunstancia de que los mayores promotores de la pena de muerte no son intelectuales con una convicción en el valor de la figura fundada en la razón, sino, en su mayoría, políticos que encuentran en la promoción de la pena de muerte un recurso demagógico para ocultar su propia negligencia al momento de diseñar políticas criminales integrales que realmente busquen mitigar los factores que tienen incidencia en la criminalidad.

De igual manera resulta excesivamente pretencioso para una sociedad instituir la pena de muerte puesto que de hacerlo estaría viviendo en la ilusión de tener un sistema judicial perfecto, al aplicar a una persona un daño que no sería susceptible de reparación, o peor, podría simplemente estar diciendo que asume ese riesgo porque no le importa que eventualmente alguien pueda perder la vida por un error judicial.

Hacemos la salvedad de que si bien el **DIDH** tiene como una de sus metas la abolición total de la pena de muerte, respeta también el derecho de los Estados que desean conservar dicha institución, lo que exige, es un marco legal que no solo reserve la pena de muerte para los delitos más graves, sino que además otorgue la flexibilidad necesaria para que el juzgador pueda aplicar penas distintas cuando las considere más adecuadas y para que los condenados puedan pedir clemencia u oponerse por medios judiciales o administrativos a la magnitud de la pena. Veamos algunas de las disposiciones que en este sentido contempla el **DIDH**:

A. Prohibición de la Aplicación de la Pena de Muerte por Delitos Políticos

El **numeral 4** del **Art. 4**, se refiere a la prohibición de aplicar la pena de muerte por la comisión de delitos políticos o comunes conexos con políticos, sin embargo surge la discusión acerca de qué se entiende por delito político, sobre todo en los países con ordenamientos jurídicos que no tipifican claramente este tipo de delitos. Es por eso que consideramos oportuno traer a colación una definición de **delitos políticos**, la misma fue elaborada por la **Sala de Casación Penal** de la **Corte Suprema de Justicia de Colombia** (concepto del 26 de mayo de 1992) y citada por el Estado Colombiano en su segundo informe sobre el cumplimiento de la Convención de la ONU contra

la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes[12]. Veamos:

"Características de los delitos políticos: Haciendo un parangón entre el delito común y el delito político, por su aspecto subjetivo, se ha dicho que en el primero el agente realiza el hecho casi siempre por motivos innobles, o bajo el influjo de pasiones desbordadas, con perversidad o con fines de venganza. Por el contrario en el segundo, los móviles son casi siempre políticos o de interés común; la aspiración a lograr un replanteamiento de las condiciones económicas, políticas y sociales de una colectividad son -por regla general- los factores determinantes de esta clase de delincuentes. Si estas son las notas características de este tipo de delito, cabe precisar:

1. *Que envuelve siempre un ataque a la organización política e institucional del Estado.*
2. *Que se ejecuta buscando el máximo de trascendencia social y de impacto político.*
3. *Que se efectúa en nombre y representación real o aparente de un grupo social o político.*
4. *Que se inspira en principios filosóficos, políticos o sociales determinables, y,*
5. *Que se comete con fines reales o presuntos de reivindicación sociopolítica.*

A simple vista el delito político tiene un objetivo jurídico concreto sobre el cual recae o va dirigida su acción: el Estado como persona política o como institución política. Algunos consideran de tal naturaleza los llamados delitos contra la existencia y seguridad del Estado y los delitos contra el régimen constitucional. Con idéntica claridad, el delito político tiene un modo especial de ejecución o modo de ser ajeno a su peculiar tipicidad, pero en estrecha conexión con ella: la

[12] ONU, CAT, Comité Contra la Tortura, Segundo Informe Periódico presentado por Colombia Presentado el 10 de agosto de 1995.

repercusión, la inspiración y la motivación que siempre lo acompañan con absoluta fidelidad. Rasgos que se plasman en buscar el ámbito de su mayor difusión, en obrar a nombre de un segmento social o político y en hacerlo bajo la égida de una dialéctica de masas para lograr una concreta reivindicación sociopolítica. Se puede afirmar, por consiguiente, que además de la tipicidad que le corresponde a la acción, el delito político tiene un objeto específico y un modo de ejecución propio e inconfundible."

Adviértase, sin embargo, que para el derecho internacional son irrelevantes las consideraciones de derecho interno respecto al carácter político o no de un delito, lo importante es que el acto se ajuste a las concepciones internacionales de delitos políticos para que quede prohibida la aplicación de la pena de muerte.

A pesar de que la calificación de los delitos políticos como delitos que merecen una consideración especial, atendiendo a la intencionalidad del autor, es de reciente data, aún bajo la doctrina, ahora obsoleta, de considerar a estos delitos como los más graves por poner estos en peligro la vida misma de la nación, el derecho internacional consideró necesario prohibir la aplicación de la pena de muerte por la comisión de éstos y por los comunes conexos a estos. El derecho internacional se ve en esta necesidad porque la naturaleza de estos delitos que atenta directamente contra el poder político del Estado ha hecho que quienes ostentan ese poder utilicen la pena de muerte como un medio de intimidación para prevenir que su poder, valga la redundancia, vuelva a verse amenazado, y no por razones jurídicas legítimas.

B. Derecho a Pedir Clemencia

Este derecho contenido en el **Art. 4.6** de la **CADH** y el **Art 6.4** del **PIDCP** fue abordado y desarrollado por la **CrIDH** en el **Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros** de la siguiente manera: "*Las peticiones individuales de clemencia…deben ejercerse mediante pro-*

cedimientos imparciales y adecuados, de conformidad con el artículo 4.6 de la Convención, en combinación con las disposiciones relevantes de ésta acerca de las garantías del debido proceso establecido en el artículo 8. Es decir, no se trata solamente de interponer formalmente una petición, sino de tramitarla de conformidad con el procedimiento que la torne efectiva." "El artículo 4.6 leído en conjunto con los artículos 8 y 1.1, los tres de la Convención Americana, pone al Estado frente a la obligación de garantizar que este derecho pueda ser ejercido por el condenado a pena de muerte de manera efectiva. Así, el Estado tiene la obligación de implementar un procedimiento de esta índole que se caracterice por ser imparcial y transparente, en donde el condenado a pena capital pueda hacer valer de manera cierta todos los antecedentes que crea pertinentes para ser favorecido con el acto de clemencia"[13].

De acuerdo con el **Juez García Ramírez**: "*Semejante derecho -para que lo sea verdaderamente y no quede como simple declaración- supone que el sujeto tenga expedita una auténtica posibilidad de pedir y obtener la revisión y modificación de la situación jurídica creada por la sentencia condenatoria. No tendría sentido que el derecho se instituyera con un carácter puramente formal, que en este caso sería trivial: la mera facultad de pedir, que se agota en sí misma. El derecho debe poseer un contenido y un sentido razonables. Esto significa que el sujeto debe contar con la posibilidad jurídica y material de expresar su petición -que es una pretensión- ante una autoridad competente para resolverla en cuanto al fondo, y aportar los elementos que conduzcan a satisfacerla, en la inteligencia de que es factible -aunque difícil e incierta- una respuesta favorable"*[14].

---

[13] CrIDH, Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002.

[14] CrIDH, Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002. Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

C. Reserva para los Delitos Más Graves

Sobre el concepto de **delitos más graves** contenido en el **Art. 4.2** de la **CADH** y el **Art. 6.2** del **PIDCP**, el **Juez Sergio García Ramírez** ha dicho que: "*…la Convención Americana no se refiere solamente a los "delitos graves" -como lo es, ciertamente, el homicidio-, sino a los "delitos más graves", es decir, a aquellos cuya gravedad se halla colocada en el punto más alto de la pirámide, los que merecen el reproche más intenso, los que afectan de manera más severa los bienes individuales y sociales, en fin, los que por su insuperable gravedad pudieran acarrear una también insuperable punición: la pena capital… Hay que poner atención, pues, en la identificación de esos delitos "más graves" dentro del orden penal de un tiempo y un espacio determinados. Es preciso identificarlos y adoptar, en seguida, la consecuencia natural de una clasificación de este género -diversidad de sanciones-, que debiera informar la legislación criminal, por una doble razón y con un doble designio: justicia y eficacia… El homicidio es siempre privación de la vida humana, pero no son idénticas todas las hipótesis de homicidio, ni es uniforme la culpabilidad de los autores"*[15].

En ese sentido la **CrIDH** en el **Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros** estableció que: "*Una de las formas que puede asumir la privación arbitraria de la vida, en los términos de la prohibición del artículo 4.1 de la Convención, es la que se configura cuando, en los países en que aún existe la pena de muerte, ésta se utiliza para castigar delitos que no presentan las características de máxima gravedad… es decir, cuando la aplicación de esa pena no se ciñe a las previsiones del artículo 4.2 de la Convención Americana"*[16].

---

[15] CrIDH, Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002. Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

[16] CrIDH, Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002.

D. Prohibición de la Aplicación Obligatoria de la Pena de Muerte

Esta limitante no aparece expresamente contemplada en ningún tratado pero se desprende la jurisprudencia de la **CrIDH,** en el caso **Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros** se consideró contraria a la **CADH** la existencia de una ley de pena de muerte obligatoria que ordenaba que todo aquel hallado culpable de homicidio intencional o doloso sería condenado a pena de muerte, sin tomar en cuenta las circunstancias del delito ni las relativas a la persona del sujeto activo. Desconociendo que dentro de la gama de homicidios que se conocen en el derecho penal hay algunos que por sus elementos constitutivos revisten mayor gravedad que otros. Sistemas punitivos como el descrito, que contemplen una aplicación obligatoria de la pena de muerte no sólo son contrarios al **DIDH,** sino que además van en contra del estado actual de la doctrina del derecho penal, la que reconoce la conveniencia de dejar en todo momento un margen para que el juez pueda individualizar la pena.

Sobre este tema se refirió el **Juez A. A. Cancado Trindade** de la siguiente forma: *"El presente caso Hilaire, Constantine y Benjamin revela que la privación arbitraria de la vida puede ocurrir mediante las actuaciones "legales" de los órganos del Estado basadas en una ley que es fuente de arbitrariedad y, por ende, es incompatible con la Convención Americana; o sea, la privación arbitraria de la vida puede ocurrir en razón de acciones u omisiones no sólo de particulares (en las relaciones inter-individuales), sino también del propio Estado, como lo demuestra el cas d'espèce… En efecto, la arbitrariedad se configura siempre y cuando un procedimiento legal no se conforma con las normas de la razón -lo determinado por la rectae rationis - es dictado sólo por la voluntad del poder (y el uso ilimitado de éste). Es, así, perfectamente posible que un mandato sea arbitrario, aunque esté*

basado en la ley positiva. Esto ocurre cuando lo dispuesto por dicha ley se sitúa por encima de todo razonamiento, obedeciendo tan sólo a un fortuito antojo de quien dispone del poder. Obrar discrecionalmente (apreciando debidamente las circunstancias de un caso concreto) no es lo mismo que obrar arbitrariamente; obrar discrecionalmente significa regirse por principios generales, aplicarlos a las particularidades de cada caso concreto, y sacar las consecuencias, lo que es una facultad inherente a la función judicial"[17].

La **CIDH**[18] también se ha referido en diversos casos a la incompatibilidad de las legislaciones que contienen penas de muerte obligatorias para determinados delitos, así podemos mencionar a manera de ejemplo los casos: **Benedict Jacob** y **Paul Lallion** ambos contra Grenada, y **Dave Sewell** y **Denton Aitken** contra Jamaica. La **CIDH** también en estos casos llamó la atención a la necesidad de que la legislación que consagra la pena de muerte contemple la posibilidad de individualización de la pena atendiendo a las circunstancias particulares del delincuente, del delito y a cualquier otro elemento que pudiera atenuar o modificar la responsabilidad penal del imputado.

III- El Derecho a la Vida y el Derecho a una Vida Digna

El derecho a una vida digna es un derecho internacionalmente reconocido como un **DESC**, sin embargo se ha planteado que el mismo podría subsumirse dentro del derecho a la vida y considerarse parte de éste.

---

[17] CrIDH, Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002. Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

[18] CIDH, Caso Benedict Jacob v. Grenada, Informe de Fondo Nº 56/02 del 21 de octubre de 2002. CIDH, Caso Paul Lallion v. Grenada, Informe de Fondo Nº 55/02 de 21 de octubre de 2002. CIDH, Caso Dave Sewell v. Jamaica, Informe de Fondo Nº 59/02 de 21 de octubre de 2002. CIDH, Caso Denton Aitken v. Jamaica, Informe de Fondo Nº 58/02 de 21 de octubre de 2002.

En el **Caso Villagrán Morales** la **CrIDH** señaló que: "***En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.*** *Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él"* [19] (lo resaltado es nuestro).

El **Juez A. A. Cançado Trindade** también se ha pronunciado en ese sentido: "*…hay distintos modos de privar a uno arbitrariamente de la vida, en los términos de la prohibición del artículo 4(1) de la Convención Americana: cuando es provocada su muerte directamente por el hecho ilícito del homicidio, así como cuando no se evitan las circunstancias (como la miseria) que impiden el acceso a condiciones de una vida digna"*[20]. Esta opinión del **Juez Cançado Trindade** es producto de una interpretación evolutiva del **Art. 4.1** a la luz de la jurisprudencia de la **CrIDH**.

En el reciente **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay**[21] la **CrIDH** por primera vez declaró una violación al **Art. 4** de la **CADH** con fundamento exclusivamente en que el Estado mediante la provocación de un desplazamiento interno arrojó a las victimas a unas condiciones de vida que no eran dignas, recalcó que la violación nacía solamente por esta circunstancia aunque el Estado no era directamente responsable de la muerte de los miembros de la comunidad que habían fallecido.

---

[19] CrIDH, Caso Villagrán Morales v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999.

[20] CrIDH, Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002. Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cancado Trindade.

[21] CrIDH, Caso Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia del 17 de junio de 2005.

Esta problemática se hace vigente sobre todo en nuestra región latinoamericana donde hay amplios sectores de la población que viven en la marginación y la miseria, y donde encontramos sectores especialmente vulnerables como los indígenas, los enfermos de bajos recursos y los llamados niños de la calle. Como hemos dicho, definitivamente el derecho a la vida contiene obligaciones positivas para el Estado de evitar situaciones que pongan en riesgo la vida de sus coasociados, sin embargo el derecho a la vida digna *per se*, al depender las posibilidades de su satisfacción totalmente de la disponibilidad de recursos que tenga el Estado, es un **DESC** autónomo que a nuestro juicio no puede subsumirse dentro del derecho a la vida o mejor dicho, el tipo de obligaciones y de responsabilidad Estatal que nacen del uno o del otro no pueden equipararse pues son en el fondo distintas.

IV- Formas Más Graves de Violación al Derecho a la Vida

Dentro del **DIDH** y el **Derecho Internacional Público** en general existen ciertos actos violatorios del derecho a la vida que reciben una calificación especial y que son considerados como de máxima gravedad, estos son:

A. Desaparición Forzada

De Acuerdo con el **Art. II** de la **Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas**[22] se considera **desaparición forzada**: "*La privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la*

[22] OEA, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem do Pará", Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1995, en el vigésimo cuarto periodo de sesiones de la Asamblea General, entrada en Vigo el 5 de marzo de 1995.

aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

La **Asamblea General** de la **OEA** ha afirmado que: "*es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad*"[23]. También la ha calificado como: "*un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal*"[24].

La **CrIDH**, en los **Casos Velásquez Rodríguez**[25] y **Godínez Cruz**[26], entre otros, ha sido reiterativa al considerar que: "*la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. Aunque esta práctica posee carácter más o menos universal, en América Latina ha presentado en los últimos años* (esta sentencia data de 1988) *una excepcional intensidad. El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral".*

En ambos casos ha señalado la estrecha relación entre el derecho a la vida, el derecho a la libertad personal y el derecho a la integridad personal, por eso dice que la práctica de las desapariciones forzadas es una violación múltiple y continuada de numerosos derechos. Veamos

---

[23] OEA. Asamblea General, Resolución 666 del 18 de noviembre de 1983.
[24] OEA. Asamblea General, Resolución 742 del 17 de noviembre de 1984.
[25] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.
[26] CrIDH, Caso Godínez Cruz v. Honduras, Sentencia de Fondo de 20 de enero de 1989.

esto con más detenimiento. Las siguientes consideraciones han sido tomadas por la **CrIDH** en los dos casos arriba mencionados.

Con relación al **derecho a la vida**: "*La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención*".

Con relación al **derecho a la integridad personal**: "*Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal*".

Con relación al **derecho a la libertad personal**: "*La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal*".

Este enfoque ha sido también expresado en el **Art. 1.2** de la **Declaración de la ONU Sobre la Protección de Todas las Personas**

Contra las Desapariciones Forzadas[27]**,** que establece: "*Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro".*

Si analizamos detenidamente los derechos que se ven vulnerados por esta práctica veremos que el **Sistema Universal** es más proteccionista que el **Sistema Interamericano**, así la presente declaración de la **ONU**, considera que la desaparición forzada lesiona el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, posición que como vimos en el capítulo anterior es seguida por la **CIDH**. En cambio la **Corte Interamericana**, como ya hemos visto también, no reconoce afectación de este derecho por razón de la desaparición forzada.

La **Comisión Interamericana**, en el **Caso Ángel Escobar Jurado** citando al **Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU** ha señalado que: "*la desaparición forzada o involuntaria de una persona es una violación particularmente odiosa de los derechos humanos, y es sin duda una forma de sufrimiento doblemente paralizante: para las víctimas, recluidas sin saber qué suerte les espera, muchas veces torturadas y siempre temerosas de perder la vida, y para los miembros de la familia, cuyas emociones oscilan entre la esperanza y la desesperación, que esperan y cavilan en algunos casos durante años enteros, a veces sin recibir información alguna. Las*

[27] ONU, Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, Aprobada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.

víctimas saben que sus familias desconocen su paradero y que son escasas las posibilidades de que alguien venga a ayudarlas. Al habérselas separado del ámbito protector de la ley y al haber desaparecido de la sociedad, se encuentran, de hecho, privadas de todos sus derechos y a merced de sus aprehensores. Si la muerte no es el desenlace final y tarde o temprano, terminada la pesadilla, quedan libres, las víctimas pueden sufrir durante largo tiempo las consecuencias físicas y psicológicas de esta forma de deshumanización y de la brutalidad y la tortura que con frecuencia la acompañan" [28].

También ha afirmado la **Comisión** en el **Caso Carhuarica y Otros**: "*La familia y los amigos de las personas desaparecidas sufren también una tortura moral lenta, ignorando si la víctima vive aún y, de ser así, dónde se encuentra recluida, en qué condiciones y cuál es su estado de salud. Además, conscientes de que ellos también están amenazados, saben que podrían correr la misma suerte y que el mero hecho de indagar la verdad puede ser peligroso. La familia no sólo resulta gravemente afectada emocionalmente; sufre también en términos económicos, entre otras cosas, debido a los gastos efectuados en las investigaciones posteriores. Además, no sabe cuándo va a regresar, si es que regresa, el ser querido, lo que dificulta la adaptación a la nueva situación. A menudo la consecuencia es la marginación económica y social"* [29].

En el **Caso de la Hermanas Serrano Cruz**[30]**,** la **CrIDH** hace una diferencia entre el concepto de desaparición forzada de personas que tiene un contenido propio recogido por el derecho internacional,

---

[28] CIDH, Caso Ángel Escobar Jurado v. Perú, Informe de Fondo 42/97 del 19 de febrero de 1998.

[29] CIDH, Caso Manuel Mónago Carhuarica y Eleazar Mónago Laura v. Perú, Informe de Fondo 45/00 del 13 de abril del 2000.

[30] CrIDH, Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Sentencia de Excepciones Preliminares de 23 de noviembre de 2004.

como ya hemos visto, y los actos de denegación de justicia y de negligencia en la investigaciones que generalmente suceden a las desapariciones forzosas y que lamentablemente sufren los familiares de las víctimas. Estos actos son igualmente repudiados por el derecho internacional de los derechos humanos, pero constituyen una violación autónoma.

B. Ejecuciones Extrajudiciales

La **Ejecución Extrajudicial**, no es más que la supresión de la vida de un individuo por la acción de agentes estatales, o particulares que cuentan con el apoyo o aquiescencia de aquellos, sin que haya una sentencia que ordene o autorice está supresión de la vida y sin que la misma se realice bajo los procedimientos consagrados en la ley. La única manera por medio de la cual un Estado puede privar a una persona de su vida es conforme a una sentencia que se dé de acuerdo al derecho interno del Estado y de acuerdo a las normas de Derecho Internacional aplicables a ese Estado.

Esta forma de violación al derecho a la vida se puede dar de diversos modos, así lo ha comprobado la **Comisión Interamericana** en el **Caso Remigio Domingo Morales y Otros,** que se le siguió al Estado Guatemalteco. Luego del estudio de los hechos se encontraron distintos patrones de ejecuciones, veamos:

*"Ejecuciones en **forma indiscriminada**, sin relación con el sexo, la edad, el origen étnico, la opinión política u otra distinción en cuanto a la víctima. Las **ejecuciones selectivas** ocurrieron cuando la víctima era definida o elegida de forma clara y concreta, podía ser una persona, una comunidad o un sector. En muchas ocasiones, la ejecución supuso un discreto plan de seguimiento que se realizaba estableciendo puntos de referencia habituales en los movimientos de la víctima, como por*

ejemplo el domicilio y el centro de trabajo y una investigación de su círculo cercano y eventual de relaciones".

"*Las ejecuciones arbitrarias en general se llevaron a cabo en una de dos maneras. En algunos casos, un grupo de hombres armados no identificados, en ropa de civil u ocasionalmente de uniforme, se acercaban a la víctima en su hogar, lugar de trabajo o en la calle, a menudo en presencia de testigos, y* ***allí mismo perpetraban el ataque, lo ejecutaban de inmediato****. En otros casos, la víctima* ***era secuestrada*** *en estos lugares, también a menudo en presencia de testigos, descubriéndose a las horas o los días el cadáver, en muchos casos con señales de tortura".*

"*Los cadáveres hallados aparecieron en diferentes partes del país* (Guatemala), *en los más de los casos con heridas de bala o arma blanca; algunos con señales de torturas. En las zonas urbanas, el hallazgo de estos cadáveres, habitualmente con señales de tortura o mutilación, se publicó en la prensa. La práctica de abandonar los cadáveres en las calles, callejones y otros lugares donde podían ser descubiertos por los residentes locales era igualmente común en las zonas rurales. Quienes perpetraron estos delitos no sólo tenían intención de exacerbar el terror de quienes vieran los cadáveres o se enteraran de la tortura, sino también de degradar aún más la dignidad y humanidad de las víctimas"* [31].

La razón por la que estos crímenes llegan a ser tratados por las instancias internacionales es porque los organismos de justicia de los Estados no los investigan y mucho menos sancionan, es por eso que en virtud del **principio de complementariedad** los organismos del **SIPDH** entran a investigarlos, para asegurar que los Estados cumplan

[31] CIDH, Caso Remigio Domingo Morales y Otros v. Guatemala, Informe de Fondo Nº 59/01 del 7 de abril del 2001.

sus obligaciones internacionales de prevenir, investigar y sancionar a los culpables y que las victimas sean efectivamente reparadas.

Veamos qué dice la **CIDH** en relación con este punto, en el mencionado **Caso Remigio Domingo Morales y Otros** en Guatemala: *"Un aspecto esencial de esta práctica que estimula su perpetuación fue la falta de capacidad o de voluntad de parte de las autoridades pertinentes de reaccionar a las ejecuciones como lo exigió la ley. Durante este período, la Comisión acotó que en lo referente a los hechos violatorios de los derechos humanos los órganos de la administración de justicia llamados a investigar y sancionar tales hechos no actúan, lo cual pone en evidencia su ineficacia para prevenir o responder frente a esas violaciones. Las pocas personas que han sido presentadas ante los tribunales acusadas de haber participado en violaciones al derecho a la vida no fueron sancionadas, unas veces por falta de voluntad política y otras veces por deficiencias en la administración de justicia. La mayoría de las ejecuciones arbitrarias cometidas por agentes del Estado se complementaron con otros actos y maniobras orientadas a evitar o entorpecer la investigación de los jueces, intensificando el clima de impunidad"*[32]. Esto para ver un poco en situaciones concretas lo que explicábamos en el primer capítulo de este Manual.

La **Corte Interamericana** en el **Caso Juan Humberto Sánchez** ha reiterado el deber del Estado de defender la vida de aquellas personas que por cualquier motivo se encuentren bajo su custodia: *"En este sentido, si una persona fuera detenida en buen estado de salud y posteriormente, muriera, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos, ya que en su condición de garante el Estado tiene tanto*

[32] CIDH, Caso Remigio Domingo Morales y Otros v. Guatemala, Informe de Fondo Nº 59/01 del 7 de abril del 2001.

la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con el destino que ha tenido la persona detenida".

En el mismo sentido la **Corte Interamericana**, en el mismo caso, citando a la **Corte Europea de Derechos Humanos**, ha indicado que la salvaguarda del derecho a la vida requiere implícitamente la existencia de una forma de investigación oficial efectiva cuando personas mueren como resultado del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado. En este sentido indicó:

"*La prohibición general que tienen los agentes estatales de abstenerse de privar arbitrariamente de la vida a un individuo [...] sería inefectiva, en la práctica, si no existiera un procedimiento en el que se revisara la legalidad del uso de la fuerza letal por parte de dichas autoridades. La obligación que impone el artículo 2 respecto a la protección del derecho a la vida, tomada en conjunto con la obligación general[...] del Estado [...] de 'asegurar a todos los individuos bajo su jurisdicción el goce de los derechos y libertades en la Convención', requiere la realización de [...] una investigación oficial efectiva, cuando algún individuo haya fallecido como consecuencia del uso de la fuerza.*

Debido a la similitud que hay entre las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas, haremos algunas comparaciones. Entre las notas comunes están: ambas pueden comprometer la responsabilidad del Estado, en virtud de las actuaciones de agentes del poder público o de particulares que actúen con el apoyo o aquiescencia de éstos. Ambas son violaciones a múltiples derechos, y ambas estuvieron de moda en las décadas de los setenta y ochenta en América Latina, la época de las nefastas dictaduras (incluyendo el caso de Panamá). Recordemos la desaparición y posterior ejecución extrajudicial del

Padre Héctor Gallego y la ejecución extrajudicial y tortura del **Dr. Hugo Spadafora**, por poner sólo dos ejemplos. En ambas prácticas los Estados han sido constantes en su falta de investigación y enjuiciamiento de los responsables de estos crímenes, y por supuesto en reparar a las víctimas y a sus familiares. En ambos casos la intención de los agentes del Estado era la de reprimir, silenciar y controlar a la población en su conjunto, a través del terror, tanto en las áreas urbanas como en las rurales. La desaparición forzada, así como la ejecución extrajudicial, involucran una serie de actos por parte del Estado, como el ocultamiento de pruebas, negación de la verdad a los familiares de la víctima y a los medios de comunicación, así como posibles amenazas a los que intentaran dar con la verdad de los hechos.

Entre las diferencias hay que aclarar que no toda desaparición forzada termina en ejecución de la persona desaparecida, en algunos casos (muy pocos por cierto) la persona detenida logra escaparse o es puesta en libertad por sus captores. Otra diferencia esencial está en que no siempre la ejecución extrajudicial comenzaba con el secuestro y ocultamiento de la víctima (desaparición forzada), en ocasiones la ejecución se producía en el mismo lugar donde los agentes armados encontraban a la víctima.

C. Genocidio

El genocidio ha sido cometido o intentado muchas veces a lo largo de la historia. Durante la I Guerra Mundial (1914-1918), el Imperio Otomano deportó a las áreas desérticas de lo que hoy es Siria a dos terceras partes de sus ciudadanos armenios que habitaban en Anatolia oriental (en la actual Turquía asiática), estimados entre 1 millón y 1.800.000. Muchos de los deportados murieron, como consecuencia de masacres, o de inanición y deshidratación. El actual gobierno de Turquía niega la responsabilidad otomana en las muertes de los arme-

nios y discute que aquellos hechos puedan ser calificados como "genocidio". Sin embargo, ésa es la definición que tales acontecimientos han merecido para el Consejo de Europa, el Parlamento Europeo y los órganos legislativos de Bélgica, Canadá, Francia, Estados Unidos y otros países, así como para distintos especialistas. Pero sin duda, el ejemplo más trágico de genocidio contemporáneo sería el realizado por la Alemania nacionalsocialista durante las décadas de 1930 y 1940 para aniquilar la población judía de Europa. Al final de la II Guerra Mundial en 1945, en torno a seis millones de judíos habían sido asesinados en campos de concentración por los nazis.

En 1945, durante los juicios por crímenes de guerra, el Tribunal de Nuremberg estableció el principio de responsabilidad individual de aquéllos que fueron responsables del holocausto. Al año siguiente, la **Asamblea General de Naciones Unidas** redactó la **Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio**[33]. El **Preámbulo** de la misma declara que en todos los periodos de la historia *"el genocidio ha causado grandes pérdidas a la humanidad"*, y que es objetivo de las partes firmantes eliminarlo mediante la cooperación internacional. El primer artículo de la Convención declara al genocidio un crimen ya sea cometido en tiempos de paz o de guerra. Los artículos segundo y tercero definen con detalle el genocidio. El artículo cuarto establece el principio de que la pena por genocidio se aplicará a *"dirigentes responsables constitucionalmente"*, funcionarios públicos e individuos privados culpables. El artículo quinto impone a las naciones firmantes la obligación de promulgar una legislación para hacer efectivas las disposiciones de la Convención y estipular las penas oportunas para las personas halladas culpables. Otros artículos excluyen el genocidio de la categoría de crímenes políticos y de forma

[33] ONU, Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, Adoptado por Resolución 260 (III) A, de la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor: el 12 de enero de 1951.

explícita deniegan a las personas acusadas de genocidio la inmunidad para la extradición; también estipulan que las personas acusadas de genocidio sean juzgadas *"por un tribunal competente del Estado en el que dicho acto se cometió"*, o por un tribunal internacional que tenga la jurisdicción necesaria.

Aunque la **ONU** adoptó las leyes internacionales contra el genocidio en 1948, el genocidio no fue erradicado. En 1975, por ejemplo, el Jemer Rojo tomó el poder en Camboya y cometió acciones brutales sobre la población, que fue expulsada de sus hogares, llevada a zonas rurales, forzada a realizar penosas tareas y tratada de forma inhumana. Los intelectuales y la clase media fueron sistemáticamente ejecutados. Cuando en 1979 el Ejército vietnamita derrocó al Jemer Rojo, tres millones de personas habían sido asesinadas.

Otros trágicos ejemplos de prácticas genocidas se han producido entre Nigeria y Biafra en 1969, en Uganda en la década de 1970, sobre el pueblo kurdo por parte de Irak (desde 1986) y durante la guerra de la Antigua Yugoslavia a lo largo de los primeros años de la década de 1990. En 1994, durante el conflicto entre las etnias Hutu y Tutsi en Ruanda, los Hutus fueron acusados de emprender una política de genocidio planificado; hubo, sin embargo, actos violentos por ambas partes, que se repitieron con la reaparición de la rivalidad entre ambos grupos en 1996 en el este del Zaire.

De acuerdo al **Art. II** de la mencionada **Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio**, se entiende 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 los nacimientos en el seno del grupo;
(e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo".

De cuerdo con el **Estatuto de Roma**[34] de la **Corte Penal Internacional**[35] en su **Art. 6:** Se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados, 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".

Este delito, debido a sus diversas modalidades, no implica necesa-

[34] ONU, Estatuto de la Corte Penal Internacional "Estatuto de Roma", Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, entrado en vigencia el 1 de julio de 2002.

[35] El Estatuto de Roma crea una instancia diferente sobre crímenes internacionales, que va más allá de los Tribunales de Derechos Humanos, como la Corte Interamericana y la Corte Europea, que sólo sancionan al Estado como ente jurídico. Así, este Estatuto establece que es de aplicación a las personas, no hay una responsabilidad colectiva del Estado. Sin embargo al igual que los tribunales internacionales de derechos humanos, la Corte Penal Internacional fundamenta su accionar en el principio de complementaridad y subsidiaridad es decir que la Corte tendrá jurisdicción cuando los Tribunales Nacionales no quisieron o no pudieron ejercer su jurisdicción.

riamente que las personas sean físicamente eliminadas, es decir que se les haya dado muerte, también reviste la posibilidad de otros comportamientos igualmente violatorios de otros derechos.

V- El Aborto

El aborto, es decir, la terminación de la vida del producto de la concepción antes de que éste llegue a nacer, es uno de los temas relativos al derecho a la vida respecto a los cuales no se ha alcanzado todavía un verdadero consenso. Esto se debe a que la duda sobre si el feto debe considerarse un ser humano o no, difícilmente puede ser resuelta por la ciencia jurídica por sí sola, es una cuestión que corresponde realmente a otras disciplinas como la medicina, la religión, la bioética o la filosofía. Para complicar aun más la situación, la respuesta de considerar al feto como "una vida humana potencial" que es la más adecuada para otras disciplinas jurídicas como el derecho civil, no presenta una conclusión aceptable para el **DIDH:** "*El que el embrión deba ser reconocido como una persona humana potencial no resuelve el problema, porque un ser considerado como potencial no es necesariamente un ser, y puede de hecho, por implicación conversa, no ser uno. Sobre la vida, y por ende, el punto en que la vida comienza, toda persona tiene su propia concepción. Todo esto prueba que existe quizás un derecho para una persona potencial a una vida potencial; para los juristas, sin embargo, hay un mundo de diferencia entre lo potencial y lo presente*"[36].

Ante esta situación y la persistencia de dicha duda se le plantean al **DIDH** dos preguntas esenciales: en primer lugar, si el derecho a la vida puede ser invocado por una mujer cuyo embarazo ha sido terminado contra su voluntad para atribuir al Estado responsabilidad interna-

[36] CrEDH, Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004, Separate Opinion of Judge Costa, Joined by Judge Traja.

cional por violación del derecho a la vida cuando éste es directamente responsable o para exigirle el cumplimiento de las obligaciones de investigar y sancionar cuando el responsable directo es un particular; y por otro lado, si el feto como tal puede ser considerado como titular de un derecho a la vida oponible a la voluntad de su madre respecto al cual el Estado se vea obligado a tomar medidas positivas.

Respecto a la primera pregunta, ésta le fue planteada a la **CrEDH** en el caso **Vo v. France**[37] en el que la peticionaria consideraba violatorio del derecho a la vida la ausencia de la posibilidad de instaurar un proceso penal contra el doctor que por negligencia le había ocasionado un aborto accidental, la mayoría de la **CrEDH** reconoció en primer lugar que: "*Las instituciones de la Convención no han, sin embargo, excluido la posibilidad de que en ciertas circunstancias garantías puedan ser extendidas al niño no-nato*". Sin embargo, luego concordó en que la aplicabilidad del derecho a la vida al no-nato no era un punto relevante para el caso en cuestión**: "***La Corte está convencida en que no es ni deseable, ni siquiera posible bajo el estado de la situación contestar en abstracto la pregunta sobre si el niño no-nato es una persona para los propósitos del Artículo 2 de la Convención ("personne" en el texto en francés). Sobre el caso presente, considera innecesario examinar si la terminación abrupta del embarazo de la peticionaria cae bajo la protección del artículo 2, viendo que, incluso asumiendo que la norma fuese aplicable, no hubo falla por parte del Estado demandado en cumplir los requisitos relativos a la conservación de la vida en la esfera de la salud pública. En relación a ese asunto la Corte considera que la protección legal ofrecida a la peticionaria por Francia respecto a la pérdida del niño no-nato que llevaba dejó satisfechos los requisitos procésales inherentes al artículo 2 de la Convención*".

Al adoptar tal posición, la **CrEDH** evitó dar una respuesta sobre

[37] CrEDH, Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004.

el alcance *ratione personae* del derecho a la vida en el **SEPDH**, sin embargo, es difícil pensar que de haberse considerado al feto como un ser humano propiamente dicho se hubiese adoptado la posición de que un recurso administrativo fuera suficiente remedio frente a una muerte culposa. En este caso también se manifestó la **CrEDH** a favor de dejar el asunto sobre cuándo empieza el derecho a la vida al margen de apreciación de los Estados, en base precisamente a la falta de consenso existente en las legislaciones de los Estados Europeos sobre el tema.

Dicha posición de la mayoría tuvo como contraparte un considerable disenso de jueces que optaron por ofrecer su propia respuesta respecto a la controversia, veamos dichas posiciones.

El **Juez Rozakis** en una opinión que fue compartida por los **Jueces Caflish, Fischbach, Lorenzen y Tomasen** consideró: "*La Corte se rehúsa a sacar conclusiones relevantes, léase que en el estado presente del desarrollo de la ciencia, ley y moral, tanto en Francia como a través de Europa, el derecho a la vida del niño no-nato está todavía por ser garantizada. Incluso si uno acepta que la vida empieza antes del nacimiento, eso no concede automática e incondicionalmente a esta forma de vida humana un derecho a la vida equivalente al derecho correspondiente de un niño luego del nacimiento. Esto no significa que el no-nato no goza de protección por la sociedad humana, ya que -como la legislación relevante de los Estados Europeos, acuerdos Europeos y documentos relevantes muestran- la vida del no-nato ya es considerada merecedora de protección. Pero mientras leo los instrumentos legales relevantes, esta protección, pese concedida a un ser considerado merecedora de la misma, es, como ya ha sido expresado, distinta de esa dada a un niño luego del nacimiento, y mucho más restringida en alcance. Consecuentemente transpira del estado actual de desarrollo de la ley y la moral en Europa que la vida de un niño*

no-nato, aunque protegida en algunos de sus atributos, no puede ser equiparada a la vida post-natal, y, entonces, no goza de un derecho en el sentido del derecho a la vida, tal y como es protegido por el Artículo 2 de la Convención"[38].

El **Juez Costa** en una opinión compartida por el **Juez Traja,** en el comentado caso, consideró: "*En resumen, no veo ninguna buena razón legal o consideración decisiva de política para no aplicar el artículo 2 en el presente caso. En un nivel general, yo creo (en compañía con varios cuerpos judiciales en Europa) que hay vida antes del nacimiento, dentro del significado del Artículo 2, que la ley debe entonces proteger dicha vida, y que si la legislación nacional considera que tal protección no puede ser absoluta, entonces sólo debe derogar de ella, particularmente respecto a la terminación voluntaria del embarazo, dentro de un marco regulatorio que limite el alcance de la derogación. Las circunstancias del caso de la señora Vo hacían más apropiado encontrar que el artículo 2 era aplicable: ella tenía seis meses de embarazo (compárese esto -solo para efectos ilustrativos- con la opinión de la Corte Constitucional Alemana de que la vida empieza luego de catorce días de gestación), había entonces todo prospecto de que el feto fuera a nacer viable y, finalmente, el embarazo fue claramente terminado por un acto de negligencia, contra los deseos de la peticionaria*"[39].

El **Juez Mularoni** en una opinión compartida por el **Juez Strážnická** expresó: "*Aunque la personalidad legal es sólo adquirida al nacimiento, eso a mi parecer no significa que no debe haber reconocimiento o protección del derecho de todos a la vida antes del naci-*

[38] CrEDH, Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004, Separate Opinion of Judge Rozakis, Joined by Judges Caflisch, Fischbach, Lorenzen and Thomassen.

[39] CrEDH, Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004, Separate Opinion of Judge Costa, Joined by Judge Traja.

miento. Precisamente, este me parece un principio que es compartido por todos los Estados miembros del Consejo de Europa, ya la legislación doméstica para permitir la terminación voluntaria del embarazo no hubiese sido necesaria, si el feto no fuera considerado como titular de una vida que deba ser protegida. El aborto entonces constituye una excepción a la regla de que el derecho a la vida debe ser protegido, incluso antes del nacimiento"[40].

Por su parte el **Juez Ress** adoptó la siguiente posición: "*Ya que considero que el Artículo 2 aplica a los seres humanos incluso antes de que estos nazcan, una interpretación que me parece acorde con el planteamiento de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y como Francia no ofrece suficiente protección al feto contra actos negligentes de terceras personas, yo encuentro que ha habido una violación del artículo 2 de la Convención. Al respecto de las medidas específicas necesarias para cumplir tal obligación positiva, ese es un asunto para el Estado demandado, que debe ya sea tomar medidas disciplinarias estrictas u ofrecer la protección del derecho penal (contra homicidio no intencional)*"[41].

Como vemos en este caso "paramount" sobre la materia, la mayoría de los jueces encontraron difícil separar el asunto de la responsabilidad estatal respecto a la terminación de la vida de un feto del tema de la terminación voluntaria del embarazo, y efectivamente ambos asuntos desde el punto de vista filosófico, moral e ideológico son imposibles de separar, pues dependen esencialmente de la consideración que se le dé al feto como persona o no, aunque desde el punto de vista jurídico podría existir normativa que ofrezca al feto la misma protec-

[40] CrEDH, Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004, Dissenting Opinion of Judge Mularoni Joined by Judge Strážnická.

[41] CrEDH, Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004, Dissenting Opinion of Judge Ress.

ción frente a extraños que a los niños ya nacidos y a la vez dar a las madres libertad para terminar el embarazo o puntos medios dentro de ambos extremos como efectivamente ocurre dentro de legislaciones internas de varios estados. Ese no es el caso ni del **PIDCP** ni de la **CEDH** que no hacen referencia expresa alguna sobre este tema por lo que ambos asuntos deben ser analizados conjuntamente. En el caso de la **CADH** sí existe una referencia expresa a la obligación de proteger la vida desde la concepción por lo que en nuestra opinión bajo el **SIPDH** las obligaciones tanto negativas como de protección horizontal son idénticas respecto a los fetos y los niños ya nacidos.

Respecto a la segunda pregunta esencial, referente a. si existe un derecho de la mujer a terminar libremente su embarazo, encontramos que el número de planteamientos y posiciones es incluso más variado, nos atrevemos sin temor a decir que el punto sobre la existencia o no de un derecho de aborto voluntario o de la existencia o no de una obligación estatal de proteger al feto de su madre es uno de los más apasionadamente controvertidos en el campo de los derechos humanos, estando relacionado no solo con el derecho a la vida, sino además con el derecho a la integridad personal de la mujer, el derecho a la vida privada y el derecho a la familia y la libertad de culto y religión.

En el **Caso Odièvre v. France** la **CrEDH** reconoció como un fin legítimo la prevención de abortos[42], de igual manera en el **Caso Reeve v. United Kingdon** en que la peticionaria reclamaba un derecho a accionar contra un doctor por no haberle éste practicado un aborto sabiendo que su hijo iba a nacer con defectos congénitos graves, la **Comisión Europea** se pronunció de la siguiente manera: "*La Comisión anota que la legislación del Reino Unido no permite una acción por vida errada. Al parecer la legislación está basada en la premisa que*

[42] CrEDH, Odièvre v. France, Judgment of February 13 of 2003.

no puede considerarse a un doctor como estando bajo una obligación para con el feto de terminarlo y cualquier petición en ese sentido sería contraria a la política pública como violadora de la santidad de la vida humana. Teniendo en cuenta las consideraciones éticas y morales envueltas en esta área, la Comisión encuentra que ***la restricción que persigue el fin de proteger el derecho a la vida, debe ser considerada como dentro del margen de apreciación Estatal***"[43] (el resaltado es nuestro).

En el marco del **SIPDH** también podemos encontrar posiciones en este sentido e incluso más proteccionistas del feto, así la **CIDH** ha manifestado que: "*El uso del aborto para ayudar a resolver los problemas económicos y de subsistencia derivados de la explosión demográfica constituiría patente y grave violación de los derechos humanos*"[44].

En el **Caso 2141** de la **CIDH** el **Comisionado Marco Gerardo Morroy Cabra** expresó: "*la interrupción intencional, ilegítima del proceso fisiológico de la gravidez, con destrucción del embrión o muerte del feto, constituye indudablemente un atentado contra la vida y por ende una violación al artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. El vientre materno en que se prende la llama de la vida es sagrado y no puede profanarse para apagar lo que Dios ha creado a su imagen y semejanza. Ya se ha repetido que desde el punto de vista biológico la vida humane existe desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, y, más concretamente, desde cuando se efectúa la anidación del ovocito en el útero. El proceso científico es el siguiente: Las células sexuales (óvulos y espermatozoides), en condiciones de fertilidad, sufren el proceso especial de*

[43] Comisión Europea de Derechos Humanos, Case of Reeve v. United Kingdon, Decision of November 30 of 1994.

[44] CIDH, Caso 2141 v. Estados Unidos, Resolución Nº 23/81 del 6 de marzo de 1981.

división de sus cromosomas denominado meiosis. Se reducen así; a 23 los cromosomas de cada una, de manera que aparece la peculiaridad del espermatozoide o del óvulo, cuál es: el de llevar cada uno de ellos solo la mitad de los cromosomas presentes en el núcleo de la mayoría de las células humanas. Después de un proceso de búsqueda y rechazo realizado por estas células fértiles, se llega al momento denominado de la activación que tiene lugar cuando el espermatozoide logra penetrar en el interior del óvulo. Se logra, así, la fecundación o proceso de unión por el que las dos células sexuales (óvulo y espermatozoide) se unen para convertirse en la primera célula de un individuo . A este primer estado llamado de activación sigue otro proceso: los informes genéticos llevados por el espermatozoide y los que ya tienen el óvulo se atraen y se unifican, son los 23 cromosomas de la madre y los 23 del padre que, al sumarse, han erigido los 46 cromosomas de la célula hermana. Esta unión de los materiales femenino y masculino produce el cigoto que no es más que el óvulo fecundado. Ahora sí se puede hablar de fecundación propiamente dicha. Ya se puede hablar de concepción y existe un ser humano puesto que se ha efectuado una unión que contiene el número de elementos: 46 cromosomas propios de una célula humana. Este nuevo ser que lo llaman los científicos cigoto, es distinto del padre y de la madre en razón de que sólo tiene mitad de él y mitad de ella. Se está en presencia de un óvulo fecundado, el cual integra una vida que tiene los genes que permitirán la aparición de nuevas células que irán a formar las diferentes partes del cuerpo humano. El óvulo así fecundado comienza su viaje hacia el útero, al que llega en pocos días y luego el embrión sigue desarrollándose en estadios singularizados hoy por los científicos que están en capacidad de darnos la edad precisa de cualquiera de ellos...”

“*La vida es el primer derecho de toda persona humana. Es el derecho fundamental y condición para la existencia de todos los demás. Si no se reconoce la existencia humana no hay sujeto para predicar de los*

otros derechos. Es un derecho anterior a los demás derechos y existe por el hecho de ser sin que requiera el reconocimiento del Estado para que se posea. No pertenece al Estado indicar que no se reconoce en un caso y se reconoce en otro, ya que ello conllevaría discriminación. La vida se debe reconocer al niño que está por nacer, al nacido, al joven, al anciano, al demente, al minusválido y en general a todo ser humano..."

"*Lo anterior significa que si en el producto de la concepción hay vida humana y este derecho* (el derecho a la vida) *es el primero y fundamental, el aborto atenta contra el derecho a la vida y por ende contra el artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*"[45].

En ese mismo caso el **Comisionado Luis Demetrio Tinoco Castro** basándose en doctrina científica presentó uno de los argumentos jurídicamente más sólidos en contra de permitir el aborto: "*La opinión de la inmensa mayoría de los científicos por no decir que de la totalidad de ellos, es la misma que la del profesor Lejeune. "El niño no nato es una persona que nadie conoce. Es un ser viviente desde el momento de la concepción"-, dicen los doctores Ingelman-Sundberg y Cears Wirsen en su obra "El drama de la vida antes del nacimiento", publicada en 1965. "Desde la concepción el niño es un individuo complelo, dinámico, que crece rápidamente", afirma a su vez el autor del libro que vio la luz pública en 1972, titulado 'The Early Biography of Every Man-, Dr. Bart Hefferman, agregando: "En el momento de la fertilización, se crea un individuo nuevo y único, el cual, aunque recibe una mitad de sus cromosomas de cada padre, es realmente distinto de cada uno de ellos". En tanto que los científicos Treslar, Behu y Cowan, al analizar lo que llaman el "Intervalo Gestional", expresan en térmi-*

[45] CIDH, Caso 2141 v. Estados Unidos, Resolución Nº 23/81 del 6 de marzo de 1981, Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Morroy Cabra.

nos que no dejan lugar a dudas en la obra que publicaron en 1967: "La iniciación de una nueva vida ocurre en el momento en que la fertilización queda completa por la fusión de dos series de cromosomas". Recogiendo ese criterio, el Código Internacional de Moral Médica declara que "el doctor debe tener siempre presente la importancia de preservar la vida humana desde el tiempo de la concepción"; y la llamada Declaración de Ginebra hace prometer al médico: "Mantendré el mayor respeto por la vida humana desde el tiempo de la concepción.

Esos principios científicos y de ética profesional han encontrado también acogida implícita, como era de esperar, en la legislación de la inmensa mayoría de los países del mundo occidental, en los cuales, casi sin excepción, tiene vigencia la norma de que la mujer condenada a sufrir la pena de muerte no debe ser ajusticiada si se encuentra en estado de gravidez, beneficio que no se limita a las que hayan alcanzado la etapa de "gravidez avanzada", sino que es extensivo también a las que se encuentren en cualquiera otra del proceso de gestación del niño. Pues tan excepcional disposición, que también se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6.5.) aprobado por Resolución 2200 A (XXI), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sólo puede tener explicación si se parte del supuesto jurídico de que un ser humano vive en la matriz de la mujer que habría de ser ajusticiada, y no habiendo sido parte del juicio este pequeño y no visto ser humano, ni moral ni jurídicamente podría llevársele a sufrir la pena de muerte que se derivaría fatalmente del ajusticiamiento de la madre. Es un evidente reconocimiento por las Naciones Unidas y por el derecho vigente en múltiples partes, de que un ser humano tiene existencia, vida, durante el período completo de embarazo de la mujer"[46].

Igualmente podemos encontrar numerosas posiciones en sentido contrario, en primer lugar es universalmente aceptado que el derecho

[46] CIDH, Caso 2141 v. Estados Unidos, Resolución Nº 23/81 del 6 de marzo de 1981, Voto Negativo del Dr. Luis Demetrio Tinoco Castro.

del feto no puede considerarse por sobre el derecho a la vida de la madre, en ese sentido **Juez Ress** de la **CrEDH** al referirse a la interpretación del derecho a la vida consideró: "*Cualquier restricción a tal interpretación dinámica debe tomar en cuenta la relación entre la vida de una persona que ha nacido y la vida no-nata, lo que significa que proteger al feto en perjuicio de la madres sería inaceptable*"[47].

Respecto a abortos por razones de naturaleza distinta a la médica la **Comisión Europea** en el caso **H v. Noruega** encontró, "manifiestamente infundada" la pretensión de que la práctica de un aborto por razones puramente sociales o su permisión por parte del Estado fueran violatorias del derecho a la vida contenido en la **CEDH**[48].

En el plano interamericano, en el citado **Caso 2141** se le presentó a la **CIDH** una petición en que se alegaba que las sentencias emitidas por tribunales de los E.E.U.U. en los famosos Casos Roe v. Wade y Doe v. Bolton eran violatorias de la **DADH**, en dicho caso la **CIDH** hizo un recuento de los procesos formativos del texto de la **DADH** haciendo notar que si bien en un principio se consideró extender la protección del derecho a la vida al feto, tal protección no se vio expresada en el texto final, pues recibió oposición de un número significativo de Estados Americanos que consideraron que tal reconocimiento entraría en conflicto con sus respectivos derechos internos[49], por tal razón consideró evidente que la voluntad de los Estados signatarios de la **DADH** era la de no reconocer el derecho a la vida del feto y por lo tanto que permitir el aborto voluntario no constituía una violación de la misma.

---

[47] CrEDH, Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004, Dissenting Opinion of Judge Ress

[48] Comisión Europea, Case of H v. Norway, Decision of May 19 of 1992

[49] La mayoría de los Estados Americanos permiten el aborto en uno o más de los siguientes casos: (1) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; (2) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro, (3) para proteger el honor de una mujer honrada, (4) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, (5) por angustia económica.

Más allá de lo anterior, en ese mismo caso la **CIDH** ante el argumento presentado por los peticionarios de que el aborto era contrario a la **CADH,** que sí hace una referencia expresa a la protección de la vida desde la concepción, optó por pronunciarse acerca de la compatibilidad del aborto con la **CADH**, aunque esto, como bien lo señaló el **Comisionado Dr. Andres Aguilar M**, no tenía relevancia alguna para el caso que resolvían en ese momento, pues los E.E.U.U hasta la fecha no ha ratificado dicho instrumento[50]. Tras explicar que al igual que ocurrió durante la elaboración de la **DADH**, en los procesos formativos de la **CADH** también se presentó oposición al reconocimiento del derecho a la vida del feto bajo las mismas bases, pero que en el caso de esta última se optó, en lugar de eliminar del todo la referencia a la protección desde la concepción, por introducir la frase "en general" para que diera cierta flexibilidad a la norma, la **CIDH** se pronunció de la siguiente manera: "*A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase "en general, desde el momento de la concepción" no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula "en general, desde el momento de la concepción" son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta "desde el momento de la concepción", que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios*"[51]. Con base en ese razonamiento llegó a la conclusión de que el permitir el aborto voluntario no contrariaba a la **CADH.** Debemos advertir que, a nuestro parecer, el que la **CIDH** haya optado por pronunciar-

[50] CIDH, Caso 2141 v. Estados Unidos, Resolución Nº 23/81 del 6 de marzo de 1981, Explicación del Voto del Dr. Andrés Aguilar M.

[51] CIDH, Caso 2141 v. Estados Unidos, Resolución Nº 23/81 del 6 de marzo de 1981.

se sobre la compatibilidad del aborto con la **CADH,** aunque eso no tuviera relevancia para el caso en cuestión, revela una clara intención de se organismo de dejar clara su opinión favorable al aborto voluntario.

También es de mencionarse que la **CIDH** en su **Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia** y en su **Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay** llamó la atención al número alarmante de mujeres que pierden la vida en esos países durante la práctica de abortos clandestinos, señalando que eran problemas urgentes ante los que el Estado tiene la obligación de tomar todas las medidas correspondientes para la protección de la vida, salud e integridad personal de esas mujeres, sin embargo no recomendó ninguna solución en particular.

Tras ver el gran número de posiciones encontradas que se observan en la poca jurisprudencia que en los organismos de **DIDH** hay sobre esta materia, debemos mencionar que, en el plano doctrinal la posición dominante en estos momentos es la de una regulación permisiva del aborto en la que se permita el aborto, pero solo dentro de las etapas primeras del embarazo. Por encima de las posturas de prohibición absoluta o de libertad total de abortar. En el plano estrictamente normativo consideramos que ni en la **CEDH** ni en el **PIDCP** hay elementos suficientes para determinar que los Estados partes se hayan comprometido a adoptar cualquier posición determinada sobre la vida antes del nacimiento por lo que, fuera del caso del aborto necesario para la protección de la vida de madre, la prohibición del aborto no constituye una violación de dichos instrumentos y el derecho a la vida del feto que el Estado reconozca en esos casos deberá entenderse oponible a la madre, a terceros y al propio Estado; de igual manera una legislación liberal y permisiva del aborto tampoco podrá entenderse violatoria de dichos instrumentos.

En el caso de la **CADH**, nuestra consideración es un poco distinta, a nuestro parecer no puede interpretarse la frase "en general" en un sentido tan permisivo como el utilizado por la **CIDH** en el **Caso 2141,** si bien es cierto que la intención de los Estados Partes fue flexibilizar la norma para que no fuese incompatible con el derecho interno de los Estados que permitían el aborto, debemos recordar que ninguno de esos Estados permitían el aborto de manera abierta, más bien restringían su práctica legal a ciertas circunstancias específicas, por lo que, a nuestro juicio, bajo la **CADH** debe entenderse que una legalización total del aborto sería contraria a la obligación adquirida por los Estados Partes de proteger la vida desde la concepción.

VI- Eutanasia y Prevención del Suicidio

La mayoría de los derechos humanos comprenden una dimensión negativa, es decir un derecho a no ser compelido a ejercerlo, en el caso de otros derechos como por ejemplo el derecho al debido proceso se entiende por el contrario que existe un derecho irrenunciable. En el caso del derecho a la vida el que el mismo contenga o no una dimensión negativa, un derecho a la muerte por llamarlo así todavía sigue siendo cuestión de debate, incluso se plantea también la posición contraria de que el derecho a la vida implica una obligación estatal de proteger la vida de una persona incluso contra sus propios deseos.

En el **Caso Keenan v. The United Kingdom** en que la peticionaria alegaba que había responsabilidad Estatal por la muerte de su hijo que se había suicidado en prisión, la **CrEDH** consideró que si bien existe cierta obligación estatal de tratar de evitar el riesgo de que un prisionero se cause daño él mismo las medidas que tomará el Estado para ese fin no podrían ser contrarias al principio de la autonomía de la voluntad y a los demás derechos humanos internacionalmente reconocidos[52].

[52] CrEDH, Case of Keenan v. The United Kingdom, Judgment of April 3 of 2001.

En cuanto a la llamada eutanasia, se entiende que el Estado tiene la obligación de proteger la vida de una persona que está, por ejemplo, en coma incluso contra los deseos de sus familiares[53]. Sin embargo, existe una notable controversia en el caso de una persona que está en pleno uso de sus facultades mentales pero que sufre de un estado físico que le causa una angustia severa, y esta persona manifiesta su voluntad de morir pero precisamente sus impedimentos físicos le hacen imposible alcanzar ese fin por sí misma. Esta cuestión no ha sido muy desarrollada por la jurisprudencia, sin embargo le fue planteada a la **CrEDH** en el **Caso Pretty v. UK**, pronunciándose ésta de la siguiente manera:

"*El artículo 2 no puede, sin una distorsión del lenguaje, ser interpretado como confiriendo el derecho diametralmente opuesto, léase un derecho a morir; tampoco puede crear un derecho de autodeterminación en el sentido de conferir a un individuo el derecho a escoger la muerte por sobre la vida...*"

"*La Corte encuentra que ningún derecho a morir, sea a manos de una tercera persona o con la asistencia de una autoridad pública, puede ser derivado del artículo 2 de la Convención*"[54].

Pese a dichos pronunciamientos la **CrEDH** dejó la cuestión abierta respecto a si una política opuesta es decir el considerar legal la asistencia al suicidio sería violatoria o no de los derechos humanos destacando que: "*el grado en que un Estdo permita, o busque regular, la posibilidad de que sea infligido daño a un individuo libremente, por*

[53] Esto no quiere decir que el DIDH exija que una vida se mantenga por medios artificiales cuando no existan expectativas de recuperación, sin embargo el Estado deberá regular los casos en que se pueda terminar una vida que se sostiene artificialmente y no dejarlo sólo al arbitrio de los particulares.

[54] CrEDH, Case of Pretty v. UK, Judgment of April 29 of 2002.

sus manos o las de otro, puede causar consideraciones conflictivas de libertad personal e interés público que solo puede ser resuelta tras examinar las causas concretas del caso"[55].

Al igual que en el caso del aborto, consideramos que no se puede desprender de la normativa del **DIDH** una respuesta definitiva sobre este tema por lo que el mismo quedaría dentro del margen de apreciación estatal. Sin embargo es importante distinguir que a diferencia del tema aborto donde lo que está en controversia son los derechos de dos personas distintas o de una persona y una persona potencial si se quiere y en el que por lo tanto no se puede dar primacía absoluta a la voluntad de la madre, en el caso de este segundo tema consideramos que sí podría ser tomado como elemento determinante la libertad de conciencia y religión del interesado.

Este derecho también aparece consagrado en la **DADH Art. I** , **DUDH Art. 3**, **CADF Art. 2** y **CEDF Art. 2.**

[55] CrEDH, Case of Pretty v. UK, Judgment of April 29 of 2002.

Derecho a la Integridad Personal

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.	**CEDH** **Artículo 3. Prohibición de la tortura** Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.	**PIDCP** **Artículo 7** Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

I- Tortura, Trato Cruel o Inhumano y Trato Degradante – Conceptos

De acuerdo al **CDHONU:** "*Puede no ser necesario realizar distinciones precisas entre las varias formas prohibidas de trato o castigo. Estas distinciones dependen de la clase, propósito y severidad del trato en particular*"[1]. Sin embargo, y pese a que concordamos con dicha opinión, para efectos académicos consideramos que sí es pertinente tratar de definir los distintos conceptos que son considerados violatorios del derecho a la integridad personal.

Este derecho ha sido uno de los más desarrollados por la **Corte Interamericana** sobre todo en los primeros casos que atendió. Sin embargo, antes de examinar lo que se ha sentado en la jurisprudencia veamos como la **Comisión Interamericana** en el **Caso Lizardo Cabrera**[2] desarrolló este tema.

Los tratados generales de derechos humanos establecen criterios para definir lo que se entiende por **tortura** o **trato cruel inhumano o degradante**. Con relación al concepto de **tortura**, la **Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura**[3] lo define en su artículo 2:

"***Artículo 2****. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por* ***tortura*** *todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fi-*

---

[1] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 7: Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 1982.

[2] CIDH, Caso Luis Lizardo Cabrera v. República Dominicana, Informe de Fondo 35/96 de 7 de abril de 1998.

[3] OEA. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor el 28 de de febrero de 1987.

nes de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

***Artículo 3**. Serán responsables del delito de tortura:*

a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo no lo hagan.

b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices".

En resumen, los criterios que utiliza la **Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura** para calificar un hecho como **tortura** son:

a) debe tratarse de un acto intencional o de un método;
b) debe infligir a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales;
c) debe tener un propósito;
d) debe ser perpetrado por un funcionario público o por una persona privada a instancias del primero.

Nótese que este instrumento fundan como criterio para definir la tortura la intensidad o grado de sufrimiento físico o mental experimentado por la víctima. Solamente se necesita la concurrencia de los elementos arriba mencionados para que un acto, de acuerdo al sistema interamericano sea calificado de tortura.

Por otro lado, se hace más difícil definir qué debe entenderse por "trato inhumano o degradante" o cuál es la línea divisoria entre tortura y trato cruel, inhumano o degradante.

Con relación a éstos la **Comisión Europea de Derechos Humanos,** ha señalado que: "**trato inhumano** es aquel que deliberadamente causa un severo sufrimiento mental o psicológico, el cual, dada la situación particular, es injustificable", y que el "tratamiento o castigo de un individuo puede ser **degradante** si se le humilla severamente ante otros o se lo compele a actuar contra sus deseos o su conciencia". En relación con la diferencia conceptual entre el término tortura y trato inhumano o degradante**,** la **Comisión Europea** ha indicado que el término tortura comprende el de trato inhumano y éste a su vez el de trato degradante.

Sobre el concepto de trato degradante la **CrEDH** ha entendido: "*Mientras considera si un trato es degradante en el sentido del artículo 3, La Corte tomará en cuenta si su objeto es humillar o rebajar la persona en cuestión y si, en lo que respecta a las consecuencias, se afectó adversamente su personalidad en una forma incompatible con el artículo 3*"[4].

La **Corte Europea de Derechos Humanos** ha señalado también, en relación al mismo asunto, que para que un tratamiento sea **"inhumano o degradante"** tiene que alcanzar un nivel mínimo de severidad**.** La evaluación de este nivel "mínimo" es relativa, depende de las circunstancias de cada caso**,** como la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima.

Como hemos visto existen tres esferas de tratamientos que pueden ser violatorias del derecho a la integridad personal, la tortura, el trato cruel o inhumano y el trato degradante. Sin embargo no hay criterios definidos y exactos que nos permitan inferir *a priori* si estamos frente a una tortura o a un trato cruel, inhumano y degradante. Por eso, de acuerdo con la propia **Comisión Interamericana**, la evaluación

[4] CrEDH, Case of Rohde v. Denmark, Judgment of July 21 of 2005.

debe hacerse en cada caso y tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración e intensidad del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima. Además, agregaríamos nosotros, que hay que tomar en cuenta la intencionalidad del sujeto activo.

Ahora bien, como veremos más adelante, hay ciertos actos que *per se* constituyen tortura o trato cruel, inhumano y degradante. Veamos qué ha dicho la **Corte Interamericana** sobre el derecho a la integridad personal:

En el **Caso Loayza Tamaño**[5]**,** la **CrIDH,** reafirmó los criterios hasta ahora presentados y dijo: "*la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta*".

En el mencionado caso se estableció, en relación con el **trato cruel e inhumano**, que: "*aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos*".

Al respecto del **trato degradante**, "*este se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima*".

En este caso la **CrIDH** señaló algunos ejemplos de tratos que *per se* pueden ser considerados violatorios de este derecho: "*la incomu-*

[5] CrIDH, Caso Loayza Tamayo v. Perú, Sentencia de Fondo de 17 de septiembre de 1997.

nicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas, constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes", en el sentido del **Art. 5.2 de la CADH.** En el **Caso Castillo Páez** la **CrIDH** consideró que introducir a una persona en el maletero de un automóvil constituye *per se* un trato cruel e inhumano[6].

Puede que haya una cierta confusión y una tendencia lógica a pensar que la tortura se caracteriza porque sus efectos recaen físicamente sobre el cuerpo de la víctima, y que por otro lado el trato cruel, inhumano o degradante se manifiesta más bien en el plano psicológico, sin embargo en el **Caso Cantoral Benavides** se aclaró este punto de la siguiente manera: "*merece destacarse que según las normas internacionales de protección, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo*"[7].

Se considera como una forma de tortura de índole psicológica o de trato cruel e inhumano, entre otros, el someter a una persona a un **estado de incertidumbre sobre su futuro**, cuando la víctima no sabe con exactitud cuál será el tratamiento que le será aplicado y de lo único que tiene certeza es que será sometido a algún castigo atroz e ilegal contra su integridad física.

---

[6] CrIDH, Caso Castillo Páez v. Perú, Sentencia de Fondo de 3 de noviembre de 1997.

[7] CrIDH, Caso Cantoral Benavides v. Perú, Sentencia de Fondo de 18 de agosto de 2000.

En el **Caso Villagrán Morales**, la **CrIDH** dijo que: "*crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, en algunas circunstancias, al menos, tratamiento inhumano*" [8]. En el **Caso Cantoral Benavides** se reafirmó sobre este punto señalando que amenazar a alguien con torturarle puede constituir, en determinadas circunstancias, por lo menos un **trato inhumano**. Debe tenerse en cuenta no solo el sufrimiento físico, también la angustia moral. Se cita aquí al **Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas** que ha calificado la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una **tortura psicológica**. Es esencial que esta amenaza sea suficientemente real e inminente.

Posteriormente la **Corte Interamericana** se pronunció sobre este punto en el **Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros**[9], se trató este tema, pero en relación con personas que estaban en espera de la ejecución de una sentencia a pena de muerte, en algunos casos cuando se da esta situación se produce lo que se conoce como *death row phenomenon* el cual está constituido por un periodo de detención prolongado en espera y previo a la ejecución, durante el cual se sufre de angustia mental, además de otras circunstancias a las que el acusado es expuesto, que incluyen, entre otras, la forma en que se impuso la condena; la no consideración de las características personales del acusado; la desproporción entre la pena y el delito cometido; las condiciones de detención a la espera de ejecución; las demoras en las apelaciones o en la revisión de su pena de muerte durante las cuales la persona está sujeta a una tensión extrema y a un trauma psicológico; el hecho de que el juez no tome en consideración la edad o el estado mental de la persona condenada, así como la constante espera de lo

[8] CrIDH, Caso Villagrán Morales v. Guatemala, Sentencia de Fondo del 19 de noviembre de 1999.

[9] CrIDH, Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de Fondo de 21 de Junio de 2002.

que será el ritual de su propia ejecución. Este fenómeno constituye **trato cruel, inhumano y degradante**. Ahora bien, no siempre que se condena a una persona a pena de muerte se produce este fenómeno, deben concurrir las circunstancias arriba descritas. Además de que la condena a muerte se ajuste a los restrictivos requisitos que establece el **DIDH**.

El **CDHONU** también se ha manifestado en este sentido: "*Cuando la pena de muerte es aplicada por un Estado parte por los delitos más serios, no solo debe estar estrictamente limitada de acuerdo al artículo 6 sino que debe ser llevada de una manera tal que cause el mínimo sufrimiento físico y mental posible*"[10].

II- Características de este Derecho

A. Progresividad

Una característica del derecho a la integridad personal es su **progresividad,** si bien es cierto que en general a los tratados de derechos humanos debe dársele siempre una interpretación progresiva acorde con la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, la **Corte Interamericana** ha hecho énfasis en el carácter progresivo del derecho a la integridad personal. En el **Caso Cantoral Benavides** estableció que: "*ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas*".

[10] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 20: Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 1992.

B. Prohibición Absoluta

Este derecho se caracteriza también por la prohibición **absoluta** de la tortura y los tratos crueles inhumanos o degradantes, lo cual implica que no admite derogación alguna, no existe situación posible que justifique la aplicación, sobre una persona, de una tortura o un trato cruel inhumano o degradante. Ni siquiera una grave amenaza al orden o la seguridad pública lo justifica, tampoco sirve de justificación el combate contra el terrorismo, el combate contra las drogas o el crimen organizado a gran escala. Así lo ha señalado reiteradas veces tanto la **Corte Europea** como la **Interamericana**. También es considerada absolutamente prohibida la práctica de cualquier tipo de experimentación médica o científico en el cuerpo de una persona sin su consentimiento[11].

En base a ese principio, la **Convención Interamericana Contra el Terrorismo**[12] establece claramente en su **Art. 15** el deber de los Estados firmantes de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas por el derecho internacional, en el contexto de la lucha contra el terror. Sobre todo hace énfasis en respetar los derechos y garantías de aquellas personas que se encuentran detenidas o sobre las cuales pesa algún tipo de medida o que estén siendo procesadas. En la práctica algunos Estados consideran que la lucha contra el terrorismo es una especie de "patente de corso" para proceder de manera arbitraria y aplicar a los procesados y culpables del terrorismo todo tipo de tratamientos violatorios de su derecho a la integridad personal.

En definitiva, actualmente no hay duda de que la prohibición absoluta de la tortura pertenece al dominio del *ius cogens*.

---

[11] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 7: Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 1982.

[12] OEA, Convención Interamericana Contra el Terrorismo, Asamblea General Resolución 1840 (XXXII-0/02), Aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2002.

III- Derecho a la Integridad Personal de los Privados de Libertad

Es importante mencionar que la mayoría de casos que ha examinado la **CrIDH** en los cuales se alegan violaciones al derecho a la integridad personal se han producido mientras la víctima estaba detenida o arrestada. Generalmente este arresto o detención ha sido ilegal. Esto es así porque, como ha dicho la **CrIDH** en el **Caso Villagrán Morales:** "*una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad*"[13]. En ese mismo caso se señaló que debe tenerse en cuenta, al respecto, la presunción establecida por la **Corte Europea** al considerar responsable al Estado por los malos tratos que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales**,** si las autoridades son incapaces de demostrar que estos agentes no incurrieron en tales conductas.

Debemos aclarar que una persona puede ser privada de su libertad de manera ilegal o arbitraria con el propósito directo y exclusivo de someterlo a torturas o tratos crueles inhumanos y degradantes; o bien que a una persona que está legalmente detenida, como consecuencia de un proceso judicial se le someta a ciertas condiciones de detención que sean incompatibles con su dignidad, en ese sentido el **CDHONU** ha llamado la atención a que como medida de desanimar la tortura la ley debe prohibir el uso en un proceso de evidencia obtenida bajo tortura[14].

---

[13] CrIDH, Caso Villagrán Morales (de los "Niños de la Calle") v. Guatemala, Sentencia de Fondo del 19 de noviembre de 1999.

[14] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 20: Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 1992.

En relación con estas posibles situaciones los Organismos de DIDH, como arriba mencionamos, se han pronunciado de diversas maneras y han sostenido una serie de criterios que vale la pena examinar:

Así, en el **Caso Neira Alegría y Otros** se dijo que en los términos del **artículo 5.2** de la **CADH**: *"toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal"* [15]. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el **garante** de estos derechos de los detenidos. El hacinamiento en las cárceles es uno de los problemas graves que los tribunales internacionales han encontrado violatorios de los derechos humanos[16].

En el **Caso Loayza Tamayo** se dijo en este mismo sentido que: *"…la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, [...] las restricciones al régimen de visitas [...], constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana y que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana"*[17].

Cuando una persona se encuentra detenida, el Estado pasa a estar en posición de garante respecto a la integridad personal de esa per-

---

[15] CrIDH, Caso Neira, Alegría y Otros v. Perú, Sentencia de Fondo del 19 de enero de 1995.

[16] CrEDH, Case of Labzov v. Russia, Judgment of June 16 of 2005. CrEDH, Case of Novoselov v. Russia, Judgment of June 2 of 2005.

[17] CrIDH, Caso Loayza Tamayo v. Perú, Sentencia de Fondo de 17 de septiembre de 1997.

sona, es decir que además de las obligaciones negativas de no atentar contra sus derechos, y las obligaciones de protección horizontal, tiene además la obligación de tomar medidas adicionales de carácter positivo como brindar la atención médica necesaria y proporcionar alimentos suficientes, esto en principio porque la detención interfiere con la capacidad de la persona de autoproveerse tales necesidades básicas y por lo tanto el Estado al ser responsable del detenido debe proveerlas. Además las obligaciones nacientes de la posición de garante, incluye la de proteger al detenido positivamente cuando el Estado tenga conocimiento de que hay intención de hacerle daño y separarlo de otros detenidos con los cuales el entrar en convivencia le pondría en peligro. En resumen el estándar de protección exigido a un Estado respecto a un individuo que ha detenido es mucho mayor que el exigido respecto a la población en general.

Respecto a la responsabilidad del Estado en cuanto al a salud de los detenidos, la **CrEDH** ha expresado: "*El artículo 3 de la Convención no puede ser interpretado como conteniendo una obligación general de liberar a un detenido por razones de salud o de transferirlo a un hospital civil, incluso si sufre de una enfermedad que es particularmente difícil de tratar. Sin embargo esta norma sí requiere que el Estado se asegure que los prisioneros sean detenidos en condiciones que sean compatibles con el respeto a la dignidad humana y que el método de ejecución de la medida no los sujete al estrés o dificultades de una intensidad excedente del nivel inevitable de sufrimiento inherente a una detención y que, dadas las demandas prácticas del aprisionamiento, su salud y bienestar sean adecuadamente asegurados, mediante, entre otras cosas, la provisión de la asistencia médica necesaria*"[18].

[18] CrEDH, Case of Gelfmann v. France, Judgment of December 14 of 2004.

A. Sobre la Medida Especial de Aislamiento y/o Incomunicación

A partir del **Caso Velásquez Rodríguez** se estableció que: "*el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva de un detenido representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad*"[19]. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles. Esto no implica que la incomunicación de una persona pueda ser usada como un medio para asegurar los resultados de una investigación judicial, siempre y cuando se realice por un corto tiempo y de acuerdo a una ley que no sea contraria al derecho internacional de los derechos humanos. Este es un método muy excepcional.

La medida especial de incomunicación y/o aislamiento es aplicada en ciertos casos de alto riesgo (como los relacionados con delitos de drogas), donde hay razones de peso para considerar que permitir al detenido comunicarse podría poner en riesgo la investigación (podría por ejemplo ordenar la destrucción de pruebas, o la intimidación u homicidio de testigos). La aplicación de esta medida es compatible con los derechos humanos, sin embargo la aplicación de la misma debe estar delimitada por la ley, así vemos que la **Corte Interamericana** en el **Caso Suárez Rosero** acepta la validez de la medida de incomunicación pero advirtiendo que la duración de la misma debe estar limitada "*al periodo de tiempo determinado expresamente por la ley*"[20].

---

[19] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

[20] CrIDH, Caso Suárez Rosero v. Ecuador, Sentencia de Fondo de 12 de noviembre de 1997.

Se debe distinguir entre el aislamiento visto como una medida preventiva especial y otras formas de aislamiento más prolongadas que pueden ser aplicadas a los condenados por razones de su peligrosidad o conducta, el **DIDH** acepta la aplicación de ambos tipos de aislamiento en los casos en que sea estrictamente necesario, sin embargo en el caso de aislamientos prolongados no se podrá aplicar una incomunicación de tipo absoluta.

La **CrEDH** también se ha referido en diversas ocasiones a esta figura considerando en uno de sus fallos más recientes: "*El completo aislamiento sensorial, combinado con el total aislamiento social, puede destruir la personalidad y constituye una forma de trato inhumano que no puede ser justificada por los requerimientos de la seguridad o cualquier otra razón. Por otro lado, la prohibición de contacto con otros prisioneros por razones de seguridad, disciplina o protección no constituye por sí sola trato o castigo inhumano*"[21].

En el **Caso Ramírez Sánchez v. Francia**, relativo a un prisionero muy conocido condenado por terrorismo que el sistema penitenciario francés mantuvo en aislamiento por 8 años, la **CrEDH** hizo referencia a que se debe evaluar el grado de aislamiento que se está aplicando, en ese caso no encontró una violación al derecho a la integridad persona en función de que el aislamiento aplicado era solamente un aislamiento social parcial ya que pudo, entre otras cosas, recibir numerosas visitas de su abogada que además era su prometida[22].

B. Principio de Separación

El **numeral 4** del **Art. 5** de la **CADH,** habla de separación física entre los condenados y los procesados, es decir aquellos que están en

[21] CrEDH, Case of Karalevičius v. Lithuania, Judgment of April 7 of 2005.

[22] CrEDH, Case of Ramírez Sánchez v. France, Judgment of January 27 of 2005 (debemos advertir sin embargo que la CrEDH estuvo dividida 4 contra 3 sobre dicho punto).

prisión preventiva en espera de juicio, y sugiere que a estos últimos se les de un tratamiento adecuado a su condición de no condenados, lógicamente esto se sustenta y justifica en la presunción de inocencia. Las **Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos** establecen en su **Regla 84** la obligación del Estado de respetar la presunción de inocencia del acusado (no condenado) y de tratarlo en consecuencia con ésta. La mencionada regla da por sentado que la presunción de inocencia justifica y lleva a un tratamiento de los detenidos que, en ciertas formas, tiene el propósito de ser más favorable que aquel dado a los presos sentenciados. Este trato favorable incluye principalmente estar separado físicamente de los condenados (**Regla 85**). Además, entre otras cosas, dormir en celdas individuales (**Regla 86**), la posibilidad de alimentarse con su propia cuenta procurándose alimentos del exterior (**Regla 87**), usar sus propias prendas o llevar un uniforme distinto del de los condenados (**Regla 88**), la posibilidad de trabajar (**Regla 89**), la opción de procurarse a sus expensas libros, periódicos, y otros medios de ocupación (**Regla 90**), la autorización para ser atendido a sus expensas por su propio médico o dentista (**Regla 91**), además de las correspondientes facilidades para comunicarse con sus familiares y abogados (**Reglas 92 y 93**). Este trato diferencial que señalan las Reglas Mínimas, son el estándar mínimo que debe ofrecer el Estado, por lo cual es perfectamente viable que se le concedan a los acusados (no condenados) algunas otras ventajas. Recordemos que la función principal de la prisión preventiva es asegurar que el acusado comparecerá a los tribunales. Lógicamente que este trato diferencial también se aplica en casos de menores detenidos en prisión preventiva.

Sobre el trato de los detenidos en particular recomendamos la lectura de las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos**[23], ya que es a nivel internacional el instrumento

[23] ONU, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobada por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

rector en esta materia. También conviene mencionar el **Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión**[24]**.**

IV- Efectos en los Familiares de las Víctimas

Otra de las notas características del derecho a la integridad personal está en que cuando a una persona se le vulnera este derecho **sus familiares más cercanos también son considerados víctimas**, en virtud del sufrimiento y angustia que esto les produce. Así lo estableció la **CrIDH** en el **Caso Villagrán Morales**, cuando consideró que en virtud de las circunstancias del caso, la gravedad del maltrato y el hecho de no contar con información oficial para esclarecer el mismo y que efectivamente se trataba de las madres de las víctimas, éstas también se consideran víctimas. De hecho, en otros casos la **CrIDH** ha dictaminado que cuando se trata de padres o madres de personas que son víctimas de violaciones a derechos como la vida o la integridad personal, no hacen falta pruebas para acreditar el daño moral.

En el **Caso Bámaca Velásquez**[25], se reconoció el sufrimiento de otra esfera de familiares, ya no solamente en de las madres, siempre que sean considerados los siguientes factores: *"la proximidad del vínculo familiar, las circunstancias particulares de la relación con la víctima, el grado en el cual el familiar fue testigo de los eventos relacionados con la desaparición, la forma en que el familiar se involucró respecto a los intentos de obtener información sobre la desaparición de la víctima y la respuesta ofrecida por el Estado a las gestiones incoa-*

[24] ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Aprobado por la Asamblea General en su Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988.

[25] CrIDH, Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 25 de noviembre de 2000.

das". En el mismo sentido, el **Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**, de acuerdo con el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, ha afirmado que los familiares de detenidos desaparecidos deben ser considerados como víctimas, entre otras violaciones, por malos tratos.

V- Relación con el Derecho Penal Juvenil

El **numeral 5** del **Art. 5** de la **CADH** incluye normas específicas del derecho penal juvenil que no aparecen expresas ni en el **PIDCP,** ni en la **CEDH**, se refiere a tres temas diferentes, primero la separación física que debe haber durante el proceso (lo cual se hace extensivo a los centros de detención) entre los menores de edad y los adultos; luego se refiere a la necesidad de procesarlos en tribunales especializados, lo cual implica la existencia de una estructura judicial destinada exclusivamente para los casos de menores que hayan violado la ley penal y finalmente menciona la celeridad con que debe llevarse a cabo la justicia de menores.

Desde que se adoptaron las **Reglas Mínimas** en 1955, varios instrumentos han aparecido para tratar lo relativo a la justicia penal de menores y los casos de niños sometidos detención. Los más importantes para el **DIDH**:

a. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores[26] (**Reglas de Beijing**).
b. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil[27] (**Directrices de Riad**).

---

[26] ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Aprobadas por la Asamblea General Resolución 40/33, 1985.

[27] ONU, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), Aprobado por la Asamblea General Resolución 45/112, 1990.

c. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad[28].
d. Reglas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad[29] (**Reglas de Tokio**).

Estos instrumentos internacionales vienen a complementar las **Reglas Mínimas**, no ha derogarlas, éstas son plenamente aplicables en todo aquello que los instrumentos relativos a la justicia de menores guarden silencio, es decir que se complementan mutuamente. Esto está debidamente contemplado en la redacción de los instrumentos relativos a la justicia de menores, **Reglas de Beijing** (**Regla 27**), **Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad** (**Art. 9**) y las **Reglas de Tokio** (**Regla 4**).

Con relación a la **separación entre los menores de edad y los adultos** en los centros de detención el **Art. 37 (c)** de la **Convención de la ONU sobre Derechos del Niño**[30]establece que todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello sea contrario al interés superior del menor. Por ejemplo, puede ser contrario al interés superior del menor separarlo de sus padres en algunos casos en que todos los miembros de la familia sean detenidos, por ejemplo en un aeropuerto o en alguna otra situación excepcional. Las **Reglas de Beijing** también son claras al referirse a al separación entre menores y adultos, tanto en la prisión preventiva (**Regla 13.4**) como en los establecimientos destinados a los condenados (**Regla 26.3**).

---

[28] ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Aprobada por la Asamblea General Resolución 45/113, 1990.
[29] ONU, Reglas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), Aprobado por la Asamblea General Resolución 45/110, 1990.
[30] ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, Aprobada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

En lo que respecta a la **creación de toda una estructura judicial** destinada a los menores de edad, la **Convención sobre los Derechos del Niño** señala textualmente en su **Art. 40.3:** "*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido estas leyes…*" Las **Reglas de Beijing,** en concordancia con la norma citada, señalan en su **Regla 2.3:** "*En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores…*"

La tercera y última cuestión que aborda este numeral es la relativa a la **celeridad que debe existir en el proceso penal de menores**, a este respecto la **Convención sobre Derechos del Niño** establece que los Estados Partes garantizarán que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice que su causa será dirimida sin demora (**Art. 40.2 iii**). En concordancia con esto, las **Reglas de Beijing** establecen que todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias (**Regla 20**). La rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Lo anterior trae como consecuencia que la prisión preventiva debe usarse durante el plazo más breve posible (**Regla 13.1**). Esto es así porque no se debe subestimar el peligro de que los menores sufran influencias corruptoras mientras se encuentren en prisión preventiva.

A simple vista la inclusión de este numeral en el **Art. 5** de la **Convención Americana** parece fuera de lugar, pues lo que incluye en

apariencia es más bien una disposición de tipo procesal sin directa relevancia con el derecho a la integridad personal. Sin embargo, esto no es así porque la evolución del derecho internacional de derechos del niño, que ha llevado a que normas como ésta sean recogidas, ha probado que si bien es recomendable atribuir responsabilidad penal a los menores de edad, el tratarlos dentro de un proceso igual que los adultos perdiendo de vista la condición especial que representa ser niño puede traer consecuencias serias para su desarrollo psíquico y moral, elemento incluido dentro del concepto de integridad personal.

Todo menor que deba ser procesado, debe serlo por funcionarios estatales con preparación para tratar adecuadamente niños y en condiciones especiales que minimicen el impacto que el proceso pueda tener para su desarrollo. Se debe proteger su privacidad durante el proceso porque generalmente los delitos graves cometidos por menores atraen mucha atención mediática, lo que se convierte en un factor adicional de impacto notable. Igualmente se debe respetar su privacidad luego de ser condenado para evitar estigmas permanentes.

Si bien en el caso "paramount" sobre esta materia, el de los niños británicos a los cuales la **Corte Europea** para proteger su identidad y privacidad decidió llamar **T**[31] y **V**[32], dicho tribunal señaló que la afectación producida a un niño por no cumplir el Estado con este tipo de medidas especiales no era de la magnitud tal para considerarla una lesión al derecho a la integridad personal. Nosotros compartimos la opinión emitida en esos casos por los **Jueces Ridruejo, Ress, Makarczyk, Tulkens y Butkevych** en su **Voto Disidente**, al considerar que tratar a los niños como adultos durante un proceso efectivamente viola su derecho a la integridad personal. Este criterio es más acorde con la doctrina dominante de derechos del niño.

[31] CrEDH, Case T. v. The United Kingdom, December 16 of 1999.
[32] CrEDH, Case V. v. The United Kingdom, December 16 of 1999.

Además en un fallo más reciente, el del **Instituto de Reeducación del Menor** la **CrIDH** también consideró denunciar los peligros y las consecuencias de perder de vista a lo largo de un proceso la condición especial del menor[33].

El tema del derecho penal juvenil y en especial del derecho penitenciario de menores es amplísimo y tratarlo en detalle no es el objetivo de este capítulo, por eso nos limitamos a señalar las disposiciones que están relacionadas con el **Art. 5** de la **CADH** que comentamos. Más adelante volveremos sobre este tema cuando hablemos de los derechos de los niños en general.

Este derecho está consagrado también en la **DADH Art. I, PIDCP Art. 7, DUDH Art. 5, CADF Arts. 4 y 5** y **CEDF Arts. 3** y **4.** También encontramos instrumentos dedicados especialmente a esta materia, la **Declaración de la ONU sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes** y la **Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes** entre otros.

[33] CrIDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH	**CEDH**	**PIDCP**
Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido. 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no	Artículo 4. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3 No se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo : a. todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional ; b. todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio ;	**Artículo 8** 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie estará sometido a servidumbre. 3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo: i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente

serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél; c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.	c. todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad ; d. todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.	de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia. iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

En el Derecho Internacional existe todo un *corpus iuris* relativo a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, que incluye una serie de convenios y documentos anteriores incluso a la propia existencia de las Naciones Unidas, alguno de los primeros se remontan al siglo IXX.

Así la **Convención sobre la Esclavitud**[1] define en **Art. 1.2** la **esclavitud** como: "*El estado o condición de un individuo sobre el cual se*

[1] SN, Convención sobre la Esclavitud, Adoptada por la Sociedad de Naciones en Ginebra, Suiza el 25 de septiembre de 1926, Entrada en vigor el 9 de marzo de 1927. Esta Convención fue modificada por su Protocolo del 7 de diciembre de 1953, Adoptado en New York, USA. La función de este Protocolo es adecuar la Convención a la nueva terminología propia de la posterior existencia de la ONU.

ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos". Ese mismo artículo en su **numeral 2** establece que la **trata de esclavos** comprende: *"Todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos".*

Dado que afortunadamente la esclavitud en su concepción clásica ha sido casi totalmente erradicada, el **Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Los Derechos Humanos** ha creado el **Grupo de Trabajo para las Formas Contemporáneas de Esclavitud,** entre éstas se incluyen la explotación (laboral o sexual) infantil, la trata de blancas y el apartheid, entre otras. Estas situaciones se alejan de la concepción original o clásico de esclavitud pero igualmente constituyen violaciones múltiples de derechos contenidos en la **CADH** (por ejemplo los artículos 3, 5 y 6) y producen una situación de vulnerabilidad similar a la producida por la esclavitud clásica, lo que generalmente facilita que otros derechos humanos también sean violados.

Sin embargo, no porque estas llamadas formas contemporáneas de esclavitud sean mucho más comunes en la actualidad y por que en ciertas áreas su práctica alcance magnitudes masivas, lo que hace su combate un asunto urgente, podemos llegar a olvidar que la esclavitud clásica no está del todo erradicada, aunque haya desaparecido como institución legal. Debemos recordar que existen regiones donde el avance de la protección de los derechos humanos todavía no ha llegado.

Con relación al concepto de **trabajo forzoso u obligatorio,** consagrado en el **numeral 2** del artículo que comentamos, el **Convenio 29** de la **OIT**[2] (Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio), lo define

[2] OIT, Convenio Nº 29 Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, Adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su decimocuarta reunión, entrado en vigor el 1 de mayo de 1932.

en su **Art. 2.1** como: *"Todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente".* El desarrollo jurisprudencial de la **Corte Europea** ha aportado que para un trabajo considerarse forzoso en un sentido contrario al derecho internacional de los derechos humanos no solo debe ser exigido en contra de la voluntad de la persona, sino que además la causa por la cual nace la obligación de ejecutarlo debe ser injusta u opresiva en sí misma, o constituirse la propia ejecución del trabajo en una carga moral o física notable y evitable[3].

Resaltando más esa postura, dicho **Tribunal** ha considerado pertinente destacar que un trabajo sólo puede ser considerado forzoso si la persona en ningún momento se obligó voluntariamente a realizarlo, de manera tal que las medidas encaminadas a compeler judicialmente a una persona a realizar un trabajo que en principio se obligó a hacer (por ejemplo pintar una casa) pero que luego ya no de desea realizar no son en principio contrarias al derecho internacional de los derechos humanos[4].

Este mismo **numeral 2** contempla la posibilidad de aplicar trabajos a los condenados por cierta clase de delitos, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: primero que esta pena sea aplicada por un juez o tribunal competente y segundo que este trabajo no afecte su dignidad ni sus capacidades físicas ni mentales, es decir que no afecte su integridad personal. Por eso esta disposición debe leerse en concordancia con el **Art. 5** de la **CADH**.

La **Corte Europea** en el **Caso de Van Droogenbroeck v. Bélgica**[5] analizó el supuesto de que un condenado sea liberado bajo condición de trabajar para pagar una deuda, encontrado que tal supuesto no

[3] Comisión Europea, Case of Iversen v. Norway, Admissibility Decision, 1963
[4] CrEDH, Case of Van Der Mussele v. Belgium, Judgment of November 23 of 1983.
[5] CrEDH, Case of Van Droogenbroeck v. Belgium, Judgment of June 24 of 1982.

constituiría trabajo forzado en un sentido violatorio de los derechos humanos. De igual manera somos de la opinión de que la obligación de conservar un trabajo como requisito para la libertad condicional en los países donde existe dicha institución no sería violatorio de los derechos humanos, pese a que ese supuesto no esté especificado en la **CADH**.

Las **Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos**, establecen los lineamientos generales de las condiciones bajo las cuales los reclusos deben trabajar dentro de las prisiones. Así desde la **Regla 71** a la **Regla 76** se regula esta materia. Debemos tener presente que hay una diferencia entre el trabajo forzoso que realiza un recluso en virtud de una sentencia judicial que así se lo ordena (este es el tipo de trabajo al cual se refiere el **numeral 2** del articulo que comentamos) y el trabajo que pueden hacer voluntariamente o como parte de algún programa penitenciario los reclusos en algunos centros que ofrecen esta oportunidad.

Cabe mencionar que la exigencia a quienes adopten determinadas profesiones de prestar servicio obligatorio por razones sociales de solidaridad (como los médicos o abogados a quienes comúnmente se les exige brindar servicio gratuito a personas de bajos recursos durante los primeros años de ejercicio profesional) es una práctica aceptable a la luz del derecho internacional, así lo ha reconocido la **Corte Europea de Derechos Humanos** en el **Caso Van Der Mussele v. Bélica**[6]**,** aunque reconociendo que dicha obligación se podría convertir en violatoria de convertirse en una carga exagerada para los obligados**.** Debemos agregar que en este caso el Tribunal Europeo afirmó que aun cuando un determinado trabajo sea remunerado, puede ser considerado también, si concurren otros elementos, un trabajo forzoso.

[6] CrEDH, Case of Van Der Mussele v. Belgium, Judgment of November 23 of 1983.

En el **Caso Karlheinz Schmidt v. Alemania**[7] la **Corte Europea** determinó que ciertos trabajos obligatorios que en principio podrían considerarse aceptables no lo serían de ser exigidos de manera discriminatoria, es decir sólo a ciertos grupos sin una causa razonable para hacer dicha distinción.

En cuanto al **Sistema Interamericano** podemos mencionar que la **Corte Interamericana** todavía no se ha pronunciado sobre este artículo en ninguna de sus sentencias. Sin embargo, la **Comisión Interamericana** sí se ha pronunciado sobre el tema, p. ej. en el **Caso 10.553,** en este caso la **CIDH** consideró que el hecho de reclutar personas para grupos armados del gobierno[8], de manera obligatoria, bajo amenazas de represalias contra los que se negaban (represalias que en este caso se cumplieron trágicamente) y sin remuneración alguna, constituye una forma de trabajo forzoso que viola el **Art. 6.2** de la **CADH**[9].

4- El **Estatuto de Roma**[10] que crea y da los lineamientos fundamentales de la **Corte Penal Internacional de la Haya** establece en su **artículo 7.1 (c)** como uno de los **crímenes de lesa humanidad** a la **esclavitud,** cuando se cometa como parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil y con consentimiento de dicho ataque. El **Proyecto de Texto Definitivo** de los **Elementos de los Crímenes**[11] señala que para que se configure este delito internacional deben concurrir las siguientes circunstancias:

---

[7] CrEDH, Case of Karleinz Schmidt v. Germany, Judgment of July 18 of 1994.

[8] En Guatemala las PACs, o Patrullas de Autodefensa Civil, no son propiamente parte del ejército del Estado.

[9] CIDH, Caso María Mejía v. Guatemala, Informe de Fondo N° 32/96 del 16 de octubre de 1996.

[10] ONU, Estatuto de la Corte Penal Internacional "Estatuto de Roma", Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, entrado en vigencia el 1 de julio de 2002.

[11] ONU, Proyecto de Texto definitivo de los Elementos de los Crímenes, elaborado por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, New York del 13 a 31 de marzo de 2000 y del 12 a 30 de junio de 2000.

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.
2. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Hemos presentado cómo se protege este derecho en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y en el ámbito del derecho penal internacional, pero debemos recordar que estas son ramas jurídicas autónomas y por lo tanto el Estatuto de Roma aunque relevante no es fuente directa del **DIDH**.

Este derecho está consagrado también en la **DUDH Art. 4**, **CADF Art. 5** y **CEDF Art. 5**

Derecho a la Libertad Personal

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH	**CEDH**	**PIDCP**
Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar con-	**Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad** 1 Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente ; b Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el	**Artículo 9.** 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

dicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueron ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.	fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente ; e Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de en enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f. Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 2 Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. 3 Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1. c., del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento.	4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación **Artículo 10.** 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

	4 Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano 4. la puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio. 5 Toda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación. **Protocolo Nº 4 de la CEDH** **Artículo 1. Prohibición de cárcel por deuda** Nadie deberá ser privado de su libertad solo en base de la inhabilidad de cumplir una obligación contractual.	**Artículo 11.** Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

La libertad personal es un derecho complejo que en cierta forma es un prerrequisito para el ejercicio de muchos de los de derechos recogidos en la **CADH** como la libertad de expresión o circulación, entre otros.

Para el estudio del mismo debemos comenzar por advertir que el ámbito de aplicación de la normativa que el **DIDH** contempla sobre este derecho no se limita sólo al campo de las detenciones hechas por razón o con fundamento en la justicia criminal, así lo ha dicho el **CDHONU**: "*El artículo 9 que trata sobre el derecho a la libertad y seguridad de las personas con frecuencia ha sido entendido restrictivamente en los reportes de los Estados Partes, y ellos por lo tanto han dado información incompleta. El Comité señala que el párrafo 1 es aplicable a todas las privaciones de libertad, sea en casos criminales*

o en otros casos tales como, por ejemplo, enfermedad mental, vagancia, drogadicción, propósitos educacionales, control migratorio, ect. Es cierto que ciertas normas del artículo 9 (parte del párrafo 2 y todo el párrafo 3) son solo aplicables a personas contra quienes cargos criminales han sido levantados. Pero el resto, y en particular la importante garantía establecida en el párrafo 4, el derecho al control por una corte de la legalidad de la detención, aplica a todas las personas privadas de su libertad por arresto o detención"[1]

La **Corte Interamericana** en el **Caso Gangaram Panday**, desarrolló los **numerales 2 y 3** del **artículo 7** de la **Convención Americana**, referentes a la prohibición de detenciones ilegales y/o arbitrarias. Así, dijo la **CrIDH** en ese caso que el mencionado **artículo 7***: "Contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad, caso en el cual serían arbitrarios"*[2].

La jurisprudencia arriba citada, encuentra su sustento en el principio de adecuación de la conducta, este principio en materia de derechos humanos se refiere a que si bien se le reconoce al Estado el

[1] ONU, Human Rights Committee, General comment No. 8: Right to liberty and security of persons, 1982.

[2] CrIDH, Caso Gangaram Panday v. Suriname, Sentencia de Fondo de 21 de enero de 1994.

poder de privar temporalmente a una persona del ejercicio de ciertos derechos (en este caso el derecho a la libertad personal), para poder ejercer dicho poder el Estado debe tener un marco legal lo suficientemente claro para que sus coasociados conozcan cuáles conductas deben abstenerse de realizar para evitar verse privados del ejercicio de alguno de sus derechos.

Debemos agregar que los principios de legalidad y adecuación en relación al derecho a la libertad personal no sólo se refiere a que las causales de detención estén contempladas en la ley, además la ley debe expresar claramente el rango de duración de la detención admitida según la causal, no sólo en el caso de la prisión por condena penal en que se deberá establecer un rango proporcional al delito cometido, sino también en los casos de prisión preventiva, arresto, entre otros, en los que se deberán establecer plazos razonables para que el Estado pueda cumplir con sus deberes sin excederse en sus facultades.

En concordancia con estas disposiciones, la **CrIDH** en el **Caso Tibi**[3] trajo a colación el **segundo** y **cuarto** de los **Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión**[4]**,** los mencionados principios establecen que: *"El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin"* (**Principio 2**). Y que: "*Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad* (**Principio 4**).

---

[3] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

[4] ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

Hay que hacer énfasis en que la legalidad de la detención implica que quien ordene la detención, sea el funcionario o la autoridad respectiva, esté claramente facultado por la ley para proceder de tal manera, de lo contrario la detención sería ilegal.

En principio toda detención de una persona debe ser ejecutada en cumplimento de una orden judicial. Excepcionalmente se puede arrestar a una persona sin una orden judicial cuando existe un **estado de emergencia nacional**, caso en el cual se puede restringir el goce de ciertos derechos como el concerniente a la libertad personal, y además cuando un sujeto es capturado *in fraganti* en la comisión de un hecho delictivo, así lo reconoció la **CrIDH** en el **Caso Castillo Páez**[5]**.**

La restricción del derecho a la libertad personal por estado de excepción no es una carta blanca para que el Estado ejerza sus poderes sin límites de legalidad, pues ésta no desaparece; es reemplazada temporalmente por una legalidad más flexible que sea adecuada para la situación extraordinaria. La **CrIDH** no sólo ha reconocido la importancia de que subsista una legalidad aunque extraordinaria durante los estados de excepción, sino que además ha dicho que deben existir medios para el control de esa legalidad[6]. En nuestra opinión no sería necesario que el control de esta legalidad especial sea realizado por los mismos organismos que tienen dicha función en tiempos ordinarios, sin embargo de ser suspendidos éstos en sus funciones deben crearse organismos especiales con competencia durante el periodo de excepción, o atribuir temporalmente la competencia a otros organismos ya existentes calificados para tratar la materia.

---

[5] CrIDH, Caso Castillo Páez v. Perú, Sentencia de fondo de 3 de noviembre de 1997.

[6] CrIDH, Opinión Consultiva 8 de 30 de enero de 1987, El habeas corpus bajo suspensión de garantías y CrIDH, Opinión Consultiva 9 de 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia.

Este derecho no solo contempla obligaciones negativas y de protección horizontal sino que además genera para el Estado obligaciones directamente de carácter positivo que imponen exigencias específicas tanto a los agentes del Estado, como a terceros que actúan con la tolerancia o anuencia de éste y sean responsables de la detención[7] las que pasaremos a ver:

I- Obligación de Informar las Causas de la Detención

En lo que respecta a esta obligación la **CrIDH** ha determinado que: "*constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo detenido*"[8]. "*El detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado. La notificación a un familiar o allegado tiene particular relevancia, a efectos de que éste conozca el paradero y las circunstancias en que se encuentra el inculpado y pueda proveerle la asistencia y protección debidas. En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, lo cual es inherente a su derecho a beneficiarse de una verdadera defensa. En el caso de la notificación consular, el cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en*

[7] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
[8] CrIDH, Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003.

prisión"[9]. La **CrIDH** ha señalado que: "*…este derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trata de detenciones de menores de edad. Esta notificación debe ser llevada a cabo inmediatamente por la autoridad que practica la detención y, cuando se trate de menores de edad, deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación"*[10]. El cumplimiento de esta obligación es tan importante que de no cumplirse se constituye el primer elemento de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas.

Como excepción a este regla, existe la **medida especial de incomunicación**, ésta es aplicada en ciertos casos de alto riesgo (como los relacionados con delitos de drogas) donde hay razones de peso para considerar que permitir al detenido comunicarse podría poner en riesgo la investigación (podría por ejemplo producirse la destrucción de pruebas, o la intimidación u homicidio de testigos). La aplicación de esta medida es compatible con los derechos humanos, sin embargo la aplicación de la misma debe estar delimitada por la ley, así vemos que la **CrIDH** en el **Caso Suárez Rosero** acepta la validez de la medida de incomunicación pero advirtiendo que la duración de la misma debe estar limitada "*al periodo de tiempo determinado expresamente por la ley*"[11]. De igual manera, las causales y la autoridad competente para ordenarla deben estar señaladas expresamente en la ley. En ese mismo caso también advierte la **CrIDH** que ni siquiera durante ese periodo de incomunicación se puede dejar al detenido desprovisto de medios de defensa y garantías mínimas.

Esta regla hace concordancia[12] con el **Principio décimo** para la **Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de**

---

[9] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
[10] CrIDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004.
[11] CrIDH, Caso Suárez Rosero v. Ecuador, Sentencia de Fondo de 12 de noviembre de 1997.
[12] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

Detención o Prisión el cual establece que: "*Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella*".

II- Obligación de Presentar Ante un Juez

Ésta supone que un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial de este artículo es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado. El vocablo *inmediatamente* debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el periodo de detención.

"*El énfasis en la prontitud del control judicial de las detenciones asume particular importancia para la prevención de detenciones arbitrarias. La pronta intervención judicial es la que permitiría detectar y prevenir amenazas contra la vida y serios malos tratos, que violan garantías fundamentales. Están en juego tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal… la falta de reconocimiento de la detención de un individuo es una completa negación de las garantías fundamentales y una grave violación del artículo en cuestión*"[13]. Este criterio ha sido tomado por la **Corte Interamericana** de la jurisprudencia de la **Corte Europea**.

También ha dicho la **CrIDH** que: "*Este control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las*

[13] CrIDH, Caso Castillo Petruzzi v. Perú, Sentencia de Fondo de 30 de mayo de 1999 y Caso Villagrán Morales (de los Niños de la Calle) v. Guatemala. Sentencia de fondo de 19 de noviembre de 1999.

detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad"[14]*, "…los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal… El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente"*[15].

La **CIDH** también se ha referido a este tema: "*es esencial que el detenido sea llevado ante una autoridad judicial a fin de revisar la legalidad de su detención, no sólo para cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 7(5), sino para garantizar la protección de los demás derechos del recluso mientras está en detención y reducir al mínimo el riesgo de arbitrariedad*"[16].

III- Obligación de Juzgar Dentro de un Plazo Razonable o Poner en Libertad

Ésta se refiere específicamente a las personas que están detenidas preventivamente. El respeto a la libertad personal implica que estas personas, que en países con un alto índice de mora judicial consti-

[14] CrIDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, Sentencia del 8 de julio de 2004.
[15] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
[16] CIDH, Caso Benedict jacob v. Grenada, Informe de Fondo Nº 56/02 del 21 de octubre de 2002.

tuyen una cantidad mayoritaria de la población penitenciaria, sean juzgadas dentro de un plazo razonable, es decir con toda la prontitud que la complejidad del caso permita. En el supuesto de que el Estado no pueda juzgarlas con la adecuada prontitud deberá buscar otras medidas que aseguren su comparecencia al juicio, lo cual casi nunca ocurre en la práctica. Así las cárceles están abarrotadas de personas que esperan que su culpabilidad sea determinada por los tribunales competentes, en algunos casos llegan a estar tanto o más tiempo en detención preventiva que el que contemplaría la posible sentencia condenatoria.

La **CrIDH** considera que la **prisión preventiva** es: "*… la medida más severa que se le aplicar a un imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación* ***debe tener un carácter excepcional****, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática*"[17] (lo resaltado es nuestro). En este caso la **Corte Interamericana** determinó que someter a una persona a prisión preventiva sin que existan indicios suficientes para suponer que esa persona fuera autor o cómplice de algún delito, es un acto de detención arbitraria en los términos del **numeral 3** del **artículo 7** de la **CADH**, ya comentado.

La **CIDH** en el **Caso de Waldemar Gerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos v. Paraguay** realizó importantes pronunciamientos relativos a la figura de la detención preventiva, señalando que:

"*En primer lugar, ésta debe tener un carácter especial, esto es, que debe tener un carácter excepcional. En segundo lugar, al momento de decretarse debe ser justificada por el Estado en razón de las circunstancias particulares de cada caso. En tercer lugar debe impedirse la prolongación excesiva de la prisión preventiva*

[17] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

En lo relativo al carácter especial de la prisión preventiva, como principio general, la privación de la libertad debe limitarse a aquellas personas sobre quienes existe una sentencia condenatoria, ya que de lo contrario se pudiera considerar la prisión preventiva como un adelanto de la pena, lo que resulta contrario al principio de presunción de inocencia establecido en los artículos XXVI, párrafo primero, de la Declaración Americana y 8(2) de la Convención Americana. Sin embargo, la prisión preventiva es una medida aceptada por la Convención consistente en la privación de la libertad antes de que exista esta condena judicial y por lo tanto procede cuando la persona es jurídicamente inocente. De ahí que la prisión preventiva sea una medida exclusivamente de carácter excepcional.

La exigencia que impone la Convención Americana es que únicamente se recurra a la prisión preventiva para garantizar el proceso, esto es, que el único fin de la misma es garantizar las actuaciones procesales, como la preservación de evidencia o asegurar la presencia del acusado en todas las actuaciones, siempre que los mismos objetivos no puedan alcanzarse por cualquier otro medio menos restrictivo. Siendo la garantía del proceso la única finalidad de la prisión preventiva, cualquier otro objetivo que se persigue con la privación de la libertad, como la prevención de nuevos delitos, es característico de la imposición de la pena y por ello su utilización sin que exista una condena resulta contraria a la Declaración Americana y a la Convención Americana, en particular al principio de presunción de inocencia" [18].

Por último, el **CDHONU** también ha llamado la atención a el uso restrictivo que debe hacerse de la prisión preventiva: "*Si la llamada detención preventiva es usada, por razones de seguridad pública, debe*

[18] CIDH, Caso Waldemar Gerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos, Informe de Fondo Nº 77/02 del 27 de diciembre del 2002.

ser controlada por estas mismas normas, ej. No debe ser arbitraria, y debe estar basada en fundamentos y procedimientos establecidos por ley, información acerca de las razones debe ser dada y control jurisdiccional de la detención debe estar disponible, así como compensación en el caso de una violación"[19]. Sobre este punto de la prisión preventiva volveremos en el capítulo referente a los derechos humanos diferenciados en función de grupo.

IV- Obligación de Prestar Control de la Legalidad

El recurso natural para el control de legalidad de una privación de la libertad es la acción de *habeas corpus* la cual debe estar disponible en todo momento a un detenido. Este derecho *"no se cumple con la sola existencia formal del recurso. Dicho recurso debe ser eficaz, pues su propósito, según el mismo artículo 7.6, es obtener una decisión pronta sobre la legalidad del arresto o la detención y, en caso de que éstos fuesen ilegales, la ejecución, también sin demora, de una orden de libertad"*. Para que este recurso exista *"no basta con que esté previsto en la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones"*[20]. A la luz de la progresividad de los de-

[19] ONU, Human Right Committee, General Comment No. 8: Right to liberty and security of persons, 1982.

[20] CrIDH, Caso Cesti Hurtado v. Perú, Sentencia de Fondo de 29 de septiembre de 1999.

rechos humanos debemos señalar que el **habeas corpus**, para que sea una institución que realmente tutele el derecho a la libertad personal, no solo debe servir para verificar la legalidad de una detención sino además el que la misma no adolezca de vicios de arbitrariedad. Ahora bien, estos lineamientos también son válidos en relación con otros recursos destinados a proteger derechos fundamentales, no solamente el de **habeas corpus**. Este derecho debe interpretarse a la luz del derecho a la protección judicial y los principios del debido proceso.

En cuanto a la prohibición de cárcel por el incumplimiento de obligaciones civiles, la **CADH** hace una excepción expresa a esa regla para el caso de las obligaciones de alimentos, ni el **PIDCP** ni la **CEDH** hacen referencia a esta excepción, sin embargo dada la evolución que ha tenido el derecho de familia y en atención al principio de que los tratados de **DIDH** son documentos vivos que deben interpretarse a la luz de la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, consideramos que una privación de libertad por un tiempo razonables utilizada como medida de presión para asegurar el cumplimiento de los deberes alimentarios debe entenderse como compatible también con el **PIDCP** y la **CEDH.**

Por último, y a manera de ejemplo y para señalar una de las formas de violación del derecho a la libertad personal, en el **Caso Velásquez Rodríguez** se determinó que el **secuestro** de una persona (obviamente si este es imputable al Estado) se considera como un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, entre otros, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, lo que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal[21]. Esto se da sobre todo en el marco de las ya

[21] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

comentadas desapariciones forzadas, las cuales no siempre terminan en ejecuciones extrajudiciales, ya que hay veces en que liberan a la víctima o ésta logra escapar

Este derecho está consagrado también en la **DUDH Arts. 3 y 9.**, **DADH Arts. I** y **XXV. CEDF Art. 6** y **CADF Art. 6**.

Derecho al Debido Proceso y Derechos de los Acusados

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 8. Garantías Judiciales** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;	CEDH **Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo** 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando	PIDCP **Artículo 14** 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes

b. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;	en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3 Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos : a. a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él ; b. a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa ; c. a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan ; d. a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra ; e. a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.	a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.	<u>Protocolo No. 7</u> **Artículo 2. Derecho de apelación en asuntos penales.** 1. Cualquier condenado por un tribunal de una ofensa criminal tendrá el derecho a hacer que su condena o sentencia sea revisada por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, incluyendo las bases bajo las que podrá ser ejercido, deberá estar regulado por ley. 2. Este derecho puede estar sujeto a excepciones con respecto a las ofensas de carácter menor, como prescriba la ley, o en casos en que la persona interesada fue juzgada en primera instancia por el tribunal más alto, o fue condado luego de una apelación contra una absolución. **Artículo 4. Derecho a no ser juzgado o castigado dos veces.** Nadie deberá estar sujeto a ser juzgado o castigado nuevamente en procesos criminales bajo la jurisdicción del mismo Estado por una ofensa por la que ya ha sido finalmente absuelto o condenado de acuerda a la ley y el procedimiento penal del Estado. 2. Las normas del párrafo precedente no deben prevenir la reapertura del caso de acuerdo a la ley y el procedimiento penal del Estado involucrado, si hay evidencia de nuevos hechos o descubrimientos, o si ha habido un defecto fundamental en los procedimientos previos que pueda afectar el resultado del caso. 3 Ninguna Derogación de este artículo podrá hacerse bajo el Artículo 15 de la Convención.	e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable 4... 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6... 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Debemos advertir que aunque la **CADH**, **CEDH** y el **PIDCP** consagran los derechos que nos disponemos comentar dentro de un solo articulo (aunque en varios numerales) y que por esa razón nosotros hemos decidido también tratarlos conjuntamente en un mismo capítulo, lo cierto es que estaremos refiriéndonos en este capítulo a dos temas independiente, en primer lugar a los postulados generales del debido proceso que deben respetarse en todo tipo de procesos en que estén involucrados derechos de individuos sean de naturaleza judicial o no, y en segundo lugar al catálogo de derechos que el **DIDH** reconoce para el acusado dentro de los procesos penales por razón de la naturaleza de los derechos en juego.

También se hace imprescindible comentar que el **Art. 8** de la **CADH** se denomina "garantías judiciales", el uso de dicha denominación, como lo ha reconocido la propia **Corte Interamericana** es en cierta medida equívoco, pues el mismo no consagra garantías judiciales en sentido estricto[1]. Las garantías judiciales, como veremos más adelante en el capítulo relativo al derecho a la protección judicial**,** son medios que la ley establece para proteger, asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho[2], así por ejemplo son garantías judiciales el habeas corpus o el amparo, los cuales encuentran su fundamento en el **Art. 25** de la **CADH**, y no en el **Art. 8**. El **Art. 8,** por ende, debería llamarse "Derecho al Debido Proceso" o como denomina la **DADH** a su **Art. XXVI:** "Derecho a Proceso Regular", o incluso "Garantías Procesales", como también lo llama la propia **Corte Interamericana**[3]. El **Art. 8** únicamente tiene que ver con las garantías judiciales en la medida en que lo recursos o acciones que las

---

1 CrIDH, Opinión Consultiva 9 del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia.

2 CrIDH, Opinión Consultiva 8 del 30 de enero de 1987, El habeas corpus bajo suspensión de garantías.

3 Entre otros, en el Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003.

constituyen (p.ej. habeas corpus y amparo) deben ser atendidos por las autoridades respetando las normas del debido proceso.

La **Corte Interamericana** a partir de la mencionada **OC-9** ha establecido que: "*Este artículo 8 reconoce el llamado debido proceso legal, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".* En efecto, el **Art. 8** contiene un "*conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales"*[4]. Y agrega la **Corte Interamericana** en su **OC-16**: "*Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin tiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal"*[5]. Además el ámbito de protección de este derecho al debido proceso no se limita a los procesos de naturaleza judicial sino que además incluye los procesos de naturalaza disciplinaria, de naturaleza administrativa así como otros tipos de procesos especiales, el **CDHONU** se ha pronunciado en ese sentido: "*las disposiciones del artículo 14 aplican a todas las cortes y tribunales sean ordinarias o especiales*"[6], y de igual manera lo ha hecho la **CrIDH** señalando que los postulados del debido proceso deben aplicarse a: "*cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal... En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los dere-*

---

4 CrIDH, Opinión Consultiva 9 del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia.

5 CrIDH, Opinión Consultiva 16 del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

6 ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 13: Administration of justice, 1984.

chos humanos... Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas"[7].

I- Derechos de las Víctimas

Es muy frecuente, cuando se habla de derechos humanos, que personas poco ilustradas en el tema critiquen esta rama del derecho, porque a su juicio, el **DIDH** sólo se preocupa por defender a los delincuentes y criminales, por esa razón hemos querido detenernos en señalar que el **DIDH** apoya el reconocimiento de los derechos procésales de las víctimas. Así ha dicho la **Corte Interamericana** en el **Caso Villagrán Morales**: *"Del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación"*[8]. Esto como una consecuencia lógica del deber del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar todas violaciones a derechos humanos cometidas en su territorio.

El derecho internacional de los derechos humanos procura crear todo un marco jurídico para asegurar el pleno ejercicio del derecho a la justicia de las víctimas de violaciones a derechos humanos[9]. Independientemente que estas violaciones sean cometidas por particulares o por agentes del Estado. Estrechamente ligado a este tema, vemos que la **Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia**

---

7 CrIDH, Caso Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) v. Panamá, Sentencia de Fondo de 2 de febrero de 2001.

8 CrIDH, Caso Villagrán Morales (de los "Niños de la Calle") v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de noviembre 1999.

9 Por esta razón la protección que ofrece el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es coadyuvante o complementaria.

para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, establecen, entre sus **artículos 4** y **7,** una aserie de lineamientos relativos al acceso a la justicia y al trato justo**.** Así por ejemplo, los mismos señalan que: *"Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido…"* (**Art. 4**). *"Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos"* (**Art. 5**).

El **Caso Genie Lacayo v. Nicaragua**, es emblemático dentro de la jurisprudencia de la **CrIDH** por sentar que el derecho al debido proceso se debe analizar también desde la perspectiva del **derecho de los familiares de las víctimas a obtener justicia**. Esto ha sido desarrollado con mayor amplitud por la **CrIDH** en su jurisprudencia más reciente en la que ha establecido que: *"El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos"*[10]. *"La Corte considera que los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esa manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial. Esto conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la*

[10] CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

verdad de los sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones"[11].

II- Elementos del Derecho al Debido Proceso

Pasemos ahora a ver cada uno de los postulados o principios que deben respetarse para satisfacer el derecho al debido proceso.

A. Plazo razonable

Este concepto de plazo razonable fue definido por la **Corte Interamericana** desde su temprana jurisprudencia, en el **Caso Genie Lacayo** (de hecho es el gran aporte de esa sentencia) y los criterios expresados en ese caso, con respecto al mismo, siguen vigentes hasta hoy y siguen siendo aplicados por la **Corte Interamericana** en sus fallos. En aquel caso, el mencionado tribunal, tomando criterios de su homólogo, la **Corte Europea**, estableció que: "*De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales"*[12]. En cada uno de los casos donde se plantea la posible violación al derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable, la **Corte Interamericana** examina cada uno de estos tres factores. En este caso[13] la **Corte Interamericana**

---

[10] CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

[11] CrIDH, Caso Miran Mack Chang v. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

[12] CrIDH, Caso Genie Lacayo v. Nicaragua, Sentencia de Fondo de 29 de enero de 1997.

[13] Nos hemos detenido a explicar cómo la Corte Interamericana ponderó el plazo razonable en este caso específico, porque, como mencionamos, es el caso que marca la pauta en este tema y segundo porque en los casos posteriores se ha seguido haciendo de la misma manera, por lo cual es útil ver el modelo.

reconoció que el mismo se revestía de cierta complejidad; el padre de la víctima, es decir el interesado, actuó de manera consecuente con su papel de acusador privado, interpuso los recursos adecuados y en todo momento procuró impulsar el proceso; sin embargo la violación al plazo razonable se dio a causa del tercer factor: la conducta de las autoridades judiciales las cuales se demoraron más de dos años en fallar un recurso de casación (última fase del proceso), el cual fue admitido el 31 de agosto de 1994 y todavía, al momento de dictarse la sentencia de fondo de este caso por la **Corte Interamericana** el 29 de enero de 1997, no había sido resuelto.

Además de la evaluación de los tres factores arriba mencionados, la **Corte Interamericana**, siguiendo nuevamente a la **Corte Europea**, dijo que: "*Adicionalmente al estudio de las eventuales demoras en las diversas etapas del proceso, la Corte Europea ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo en el conjunto de su trámite lo que llama –análisis global del procedimiento-*"[14]. En el caso que comentamos la **Corte Interamericana** analizó el proceso como un todo, desde que el juez de primera instancia dictó el auto de apertura del proceso (23 de julio de 1991), hasta el momento en que la **Corte Interamericana** condenó a Nicaragua (29 de enero de 1997), fecha en la cual todavía los tribunales internos de ese país no habían dictado sentencia firme (lo normal es que se tome hasta que se dicte la sentencia firme, pero como en ese caso nunca se dictó). En este caso particular, entre ambos momentos, transcurrieron más de 5 años, lapso que la **Corte Interamericana**: "*considera que rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención*".

Siguiendo con el análisis de la jurisprudencia, vemos, desde la otra perspectiva, que en el **Caso Suárez Rosero,** la **Corte Interameri-**

[14] CrIDH, Caso Genie Lacayo v. Nicaragua, Sentencia de Fondo de 29 de enero de 1997.

cana se pronunció sobre el plazo razonable en un contexto donde la víctima fue sujeto de una prolongada detención preventiva como consecuencia de proceso penal seguido en su contra[15]. En este caso, la **Corte Interamericana** estableció que: "*El principio de -plazo razonable- al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente*"[16]. También reiteró este tribunal que se considera como primer acto del procedimiento, para la apreciación del plazo, la aprehensión del sujeto. Ahora bien, "*cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso*"[17], y como último acto, la sentencia definitiva y firme. También agregó la **CrIDH** en el **Caso Suárez Rosero** que: "*particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse*"[18]. En este caso la **Corte Interamericana**, luego de hacer el análisis global del proceso ante la jurisdicción interna, en base a los criterios que hemos visto, determinó que el periodo de 50 meses que duró el proceso penal violó el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable[19]. Debemos recordar que en estos casos, según ha establecido la **Corte Interamericana**: "**corresponde al Estado** *exponer y probar la razón por la que se ha requerido más tiempo que el que sería razonable en principio para dictar sentencia definitiva en un caso particular, de conformidad con los criterios indicados*"[20] (lo resaltado es nuestro).

---

15 En este caso también si violó, entre otros, el derecho a la libertad personal, pero no entraremos a examinar esa parte del caso.

16 CrIDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de Fondo de 12 de noviembre de 1997.

17 CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

18 CrIDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de Fondo de 12 de noviembre de 1997.

19 Sobre todo porque estuvo privado de libertar en prisión preventiva por más de tres años y diez meses, cuando la ley establecía un máximo de dos años como pena para ese delito.

20 CrIDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002.

Por último cabe indicar que también se puede violar el derecho al debido proceso cuando la brevedad de un proceso es tal que evidencia que no se atendió debidamente la complejidad del caso, tal y como se desprende la jurisprudencia de la **CrEDH**[21]**.**

B. Juez o Tribunal Competente

Lo primero que debemos tener presente es que: "*cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un -juez o tribunal competente- para la -determinación de sus derechos- , esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana*"[22]. La competencia de cada autoridad está fijada por la ley.

C. Juez o Tribunal Natural

El principio de Juez Natural significa que no basta con que la ley atribuya la competencia sobre una causa a determinado juez o tribunal, sino que dicho juez o tribunal además debe ser, por su naturaleza, el adecuado para juzgar determinadas causas.

La **Corte Interamericana** ha desarrollado el tema del juez natural sobre todo, en el contexto de de varios casos donde el Estado

---

[21] CrEDH, Case of Barberá, Messegué and Jabardo, Judgement of December 6 of 1988.

[22] CrIDH, Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) v. Perú, Sentencia de Fondo de 31 de enero de 2001.

Peruano juzgó en el fuero militar, a personas que a juicio de la **Corte Interamericana** debieron ser juzgadas por tribunales ordinarios. El primero de estos casos, y que marcó la pauta en este tema, fue el **Castillo Petruzzi y Otros,** en el mismo se estableció que: *"la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias... En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la jurisdicción asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia"*[23]. En el **Caso Durand y Ugarte**, la **Corte Interamericana** agregó que: "*En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar"*[24].

En estos casos se ha dejado claro que los civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares bajo ninguna circunstancia, así como tampoco los militares retirados[25], los cuales obviamente también son

[23] CrIDH, Caso Castillo Petruzzi y Otros v. Perú, Sentencia de Fondo de 30 de mayo de 1999.

[24] CrIDH, Caso Durand y Ugarte v. Perú, Sentencia de Fondo de 16 de agosto de 2000.

[25] CrIDH, Caso Cesti Hurtado v. Perú, Sentencia de Fondo de 29 de septiembre de 1999.

civiles; ni tampoco a militares activos que cometan delitos comunes que no tengan relación directa con un servicio o tarea militar, caso en el que también deberán ser juzgados por la jurisdicción penal ordinaria[26].

Es importante recordar que si bien de acuerdo al principio de juez natural, se acepta e incluso se recomienda la especialización de los funcionarios judiciales, los postulados mínimos del debido proceso deben respetarse en los procesos especiales, con el mismo cuidado que en los procesos comunes[27].

D. Juez o Tribunal Imparcial

Por **imparcialidad,** debemos entender la ausencia de prejuicios o preferencias en contra o a favor de cualquiera de las partes, la **CrIDH** en el **Caso Herrera Ulloa,** entra de lleno a analizar el concepto de imparcialidad judicial, en dicha ocasión dijo la **CrIDH,** tomando criterios de la **Corte Europea de Derechos Humanos**: "*La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una*

[26] CrIDH, Caso 19 Comerciantes v. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004.
[27] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 13: Administration of justice, 1984.

sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso". Y continúa la **Corte Interamericana,** sintetizando un poco lo que venía manifestando: *"Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática"*[28]. Esta confianza que deben inspirar los tribunales es esencial para proteger el imperio de la ley y evitar que los ciudadanos prefieran optar por otras medidas como la autocomposición pues aunque los funcionarios sean verdaderamente imparciales difícilmente podrán contar con la confianza que necesitan de la población si el marco institucional que les rodea deja dudas objetivas sobre su imparcialidad..

El presupuesto esencial para que se pueda dar la imparcialidad objetiva es la **independencia judicial,** siendo ésta la facultad que tiene el juzgador de una causa de administrar justicia sin injerencias, presiones o compromisos de ningún tipo, sea que provengan de propia corporación a la que pertenece o de algún grupo de presión de origen externo. La **Corte Interamericana** se ha referido a la **independencia judicia**l en el **Caso del Tribunal Constitucional,** con motivo de la destitución de tres jueces del Tribunal Constitucional de Perú, a los cuales se les separó de su cargo sin respetarles su derecho al debido proceso. En ese caso la **CrIDH** dijo que: *"uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos los diferentes sistemas han ideado procedimientos estrictos para su nombramiento como para su destitución". "Esta Corte considera necesario que se ga-*

[28] CrIDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004. CrEDH, Case of Whitfield and Others v. UK, Judgment of April 12 of 2005. CrEDH, Case of Gautrin and Others v. France, Judgment of May 20 of 1998, CrEDH, Case of Thomann v. Switzerland, Judgment of June 10 of 1996.

rantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento" [29]. Y seguidamente agrega, tomando criterios de la **Corte Europea de Derechos Humanos:** *"la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas"* [30].

En este **Caso del Tribunal Constitucional** la **Corte Interamericana,** consideró pertinente utilizar como instrumento interpretativo los **Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura**[31]**,** los cuales establecen como **Primer Principio** que: *"La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán la independencia de la judicatura".* En este sentido el **Segundo** de dicho grupo de principios establece: *"Los jueces resolverán los asuntos que*

---

[29] CrIDH, Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) v. Perú, Sentencia de Fondo de 31 de enero de 2001.

[30] CrIDH, Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) v. Perú, Sentencia de Fondo de 31 de enero de 2001. CrEDH, Case of Whitfield and Others v. UK, Judgment of April 12 of 2005.

[31] ONU, Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea general en sus Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. Estos Principios Básicos, además de contener el deber general de los Estados de respetar la independencia judicial, se refieren a una serie de temas estrechamente relacionados con la misma, como por ejemplo: la libertad de expresión y de asociación de los jueces en relación con su función judicial, la competencia profesional, selección y formación de los jueces, las condiciones de servicio e inamovilidad, el sistema de ascensos, la asignación de casos, el secreto profesional e inmunidad, y las posibles medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo. No nos detendremos a examinar cada uno de estos aspectos de la independencia de la judicatura, pero los mencionamos para que el lector tenga una idea más amplia del contenido de ese interesante documento.

conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo". La independencia judicial es esencial para que exista imparcialidad judicial, sin la existencia de aquella es imposible que ésta subsista**.**

Reiteramos, que estos requisitos de independencia e imparcialidad a que hace no solo deben ser respetados por los jueces en sentido estricto, considerados como miembros del órgano judicial, sino también por todas aquellas autoridades que tengan que decidir un proceso en el que se encuentren en juego derechos u obligaciones de alguna persona, por ejemplo procesos ante autoridades administrativas, o incluso en aquellos procesos excepcionales en los que el órgano legislativo debe juzgar a un individuo.

E. Tribunal Establecido por Ley Previa

Este es un punto que poco se ha discutido en el **SIPDH**[32], por lo general, los Estados acatan esta disposición. Sin embargo, esto no quiere decir que no contemos con ningún precedente, de hecho, en el **Caso Ivcher Bronstein** la **Corte Interamericana** encontró culpable al Estado Peruano de violar este derecho, en aquel caso el mencionado Tribunal señaló: "*La Corte considera que el Estado, al crear Salas y Juzgados Transitorios Especializados en derecho Público y designar jueces que integran los mismos***, en el momento en que ocurrían los**

[32] No así en el Derecho Internacional Humanitario, donde es un tema central de discusión, sobre todo con relación a la validez de los tribunales de Nurenberg, de Tokio, de Ruanda y de la ExYugoslavia. Por eso se ha creado la Corte Penal Internacional, para desarrollar un nuevo modelo internacional que permita que los peores crímenes contra la humanidad sean juzgados por un tribunal previo a su comisión.

hechos del caso sub judice, *no garantizó al señor I. B. El derecho a ser oído por jueces o tribunales establecidos con anterioridad por la ley..."*[33] Con relación a este derecho, la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos,** decidió una controversia bastante interesante, nos referimos al **Caso Lino César Oviedo,** en el mismo, la presunta víctima alegaba que el tribunal por el que fue juzgado se creó con posterioridad a los hechos que produjeron su juzgamiento. Sin embargo esto era falso, porque si bien es cierto que el tribunal **físicamente** se instaló con posterioridad a los mismos, su creación y constitución **ya estaba contemplada por ley** antes de que ocurrieran los hechos. En este caso observó la **Comisión Interamericana** que: "*aunque el Tribunal Militar Extraordinario fue constituido con posterioridad a los hechos de abril de 1996 por los que el señor O. fue juzgado y condenado, las mencionadas leyes en donde se previó su creación para el juzgamiento de hechos cometidos por Oficiales Generales, el número de jueces, la manera de elegirlos y los demás aspectos concernientes al procedimiento aplicable fueron promulgados con anterioridad a tales hechos. Por tanto, la Comisión no considera que los alegatos del recurrente en tal sentido caractericen prima facie, una violación de la Convención Americana..."*[34]. Siendo así las cosas, reiteramos que el sentido del **Art. 8** es que el Tribunal esté contemplado con anterioridad **por la ley, aunque físicamente no se haya instalado aún, por la razón que sea.** De hecho, es común ver en nuestros países que hay tribunales que están enunciados en la legislación pero que por motivos de presupuesto nacional o por inoperancia del sistema no han sido instalados.

---

[33] CrIDH, Caso Ivcher Bronstein v. Perú, Sentencia de Fondo de 6 de febrero de 2001.

[34] CIDH, Caso Lino César Oviedo v. Paraguay, Informe de Fondo N° 88/99 del 27 de septiembre de 1999.

F. Publicidad de la Justicia

Como regla general, los procesos deben ser públicos, la **CEDH** y el **PIDCP**, hacen referencia expresa a este principio, la **CADH** solo se refiere al requisito de publicidad para el caso específico de los procesos penales, sin embargo incluso basó ese marco en atención a la libertad de expresión consideramos que los procesos solo podrán ser confidenciales a modo de excepción cuando hayan causas justificadas para ello.

Al respecto de este principio nos dice el **CDHONU**: "*La publicidad de las audiencias es una garantía importante en interés del individuo y de la sociedad en general. Al mismo tiempo el artículo 14, párrafo 1, reconoce que los tribunales tienen el poder de excluir todo o parte del público por las razones descritas en el párrafo 1. Debe notarse que, aparte de tales circunstancias excepcionales, el Comité considera que una audiencia debe estar abierta al público en general, incluidos los miembros de la prensa, y no debe, por ejemplo, estar limitada sólo a una categoría particular de personas. Debe anotarse que, incluso en los casos en que el público es excluido del juicio, la sentencia debe, con ciertas excepciones estrictamente definidas, ser hecha pública*"[35]. Aquí debemos señalar que siempre corresponde al Estado presentar informaciones o argumentos suficientes que demuestren que se debían restringir las condiciones de publicidad del proceso, el Estado debe demostrar que esta restricción era necesaria para preservar los intereses de la justicia[36].

[35] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 13: Administration of justice, 1984.

[36] CrIDH, Caso Cantoral Benavides, Sentencia de Fondo de 18 de agosto de 2000.

III- Acceso a la Justicia

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que se desprende conjuntamente del derecho al debido proceso y el derecho a la protección judicial.

En cuanto a la relación entre los costos de la justicia y el derecho a acceder a la misma, la **Corte Interamericana** en el **Caso Cantos,** refiriéndose al **Art. 8 (1)** de la **CADH** estableció: "*Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la CADH... Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales... En todo caso sería aconsejable que el Estado suprimiera de su ordenamiento jurídico las disposiciones que pudiesen dar lugar, de una manera u otra, a la imposición de tasas de justicia y al cálculo de honorarios que, por ser desmedidas y excesivos, impidieran el cabal acceso a la justicia*"[37]. Las tazas, fianzas u otros gravámenes que se impongan en la administración de justicia pueden convertirse en impedimentos para el acceso a la misma, sin embargo, de acuerdo a la **CrEDH** la imposi-

[37] CrIDH, Caso Cantos v. Argentina, Sentencia de Fondo de 28 de noviembre de 2002.

ción de las mismas no constituyen una violación *per se* del derecho de acceso a la justicia, por lo que se deberá a atender a las circunstancias particulares de cada caso para determinar la compatibilidad o no del monto del gravamen impuesto con dicho derecho[38].

Otro factor que puede en ocasiones convertirse en un impedimento para acceder a la justicia es el requisito de ser representado por un abogado, tal requisito podría ser imposible de cumplir para personas de bajos recursos. También se puede dar el caso de que ciertos procesos sean de una complejidad tal que la autorepresentación por parte de una persona desconocedora del derecho no representa una posibilidad real de éxito. Aunque no existe de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos la obligación del Estado de brindar asistencia legal gratuita para los procesos de naturaleza no penal y es razonable que en cierto tipos de procesos por su complejidad se exija la participación de un abogado, tampoco es lícito *prima facie* el negar de plano a una persona el derecho a solicitar a un tribunal la declaración o protección de sus derechos solo por que ésta no esté en condiciones de pagar un abogado. Ante tales consideraciones ha señalado la **CrEDH** que "*Solo se obliga al Estado a proveer la asistencia de un abogado cuando tal asistencia pruebe ser indispensable para un efectivo acceso a la justicia, sea porque la representación legal se establece obligatoria o por razón de la complejidad del caso*"[39]. Como es lógico el Estado puede restringir esta asistencia exigiendo a los peticionarios demostrar su necesidad económica y en base a las probabilidades de éxito de la pretensión.

Para establecer la legitimidad o no de restricciones de derecho como las arribas mencionadas deben tomarse en cuenta una serie de

[38] CrEDH, Case of Kreuz v. Poland, Judgment of June 19 of 2001.
[39] CrEDH, Case of Gnahoré v. France, Judgment of September 19 of 2000.

factores, como la calidad de las partes involucradas en el mismo y el monto o valor de la cosa objeto del litigio y la naturaleza misma del proceso[40] y como ha señalado la **CrEDH**[41] la capacidad económica del solicitante y la etapa en que se impone el cargo[42].

Por último cabe mencionar que la **CrEDH** ha señalado que el derecho de acceso a la justicia sólo es contemplado en relación con derechos subjetivos, por que lo que no incluye el derecho a concurrir a la administración de justicia mediante acciones populares[43].

IV- Relación con la Pena de Muerte

En cuanto a la relación que puede darse entre el derecho al debido proceso y la aplicación de la pena de muerte, la **CrIDH** ha considerado, que: *"Si el debido proceso legal, en su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualesquiera circunstancias, su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de derechos humanos: la vida humana. Siendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible, exige del Estado el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales, a modo de evitar una violación de éstas, que, a su vez, acarrearía una privación arbitraria de la vida"*[44]. Este deber de aplicación rigurosa y estricta del debi-

---

40 Sobre la naturaleza de los procesos se debe resaltar que los procesos de familia por sus características especiales (como la carga emocional que represente para los involucrados y su importancia social) son de los procesos más protegidos por el Derecho Internacional y por eso admiten menos restricciones. Véase: CrEDH, Case of Airey v. Ireland, Judgment of October 9 of 1979 y CrEDH Case of P., C. and S. v. UK, Judgment of July 16 of 2002.

41 CrEDH, Case of Kreuz v. Poland, Judgment of June 19 of 2001.

42 Las restricciones más graves serían las que se imponen como requisito para la interposición del proceso.

43 CrEDH, Case of Perez v. France, Judgment of February 12 of 2004.

44 CrIDH, Opinión Consultiva 16 del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

do proceso se reitera en las **Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte**[45]**,** así su **Salvaguardia 5** establece: *"Sólo podrá ejecutarse la pena capital de conformidad con una sentencia definitiva dictada por un tribunal competente, tras un proceso jurídico que ofrezca todas las garantías posibles par asegurar un juicio justo, equiparables como mínimo a las que figuran en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluido el derecho de todo sospechoso o acusado de un delito sancionable con pena capital a la asistencia letrada adecuada en todas las etapas del proceso".*

Además, El **Art. 4.6** de la **CADH** específicamente establece que: *"Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos..."* Este artículo leído en concordancia con el **Art. 8**, relativo al debido proceso, impone al Estado la obligación de: *"implementar un procedimiento de esta índole que se caracterice por ser imparcial y transparente, en donde el condenado a pena capital pueda hacer valer de manera cierta todos los antecedentes que crea pertinentes para ser favorecido con el acto de clemencia"*[46]*.* Esto es así, *inter alia*, porque como mencionamos, todo acto de las autoridades estatales en los que se vean afectados derechos u obligaciones de las personas debe caracterizarse por la imparcialidad y la transparencia.

V- <u>Derechos del Acusado</u>

Por razón de su importancia el derecho internacional de los derechos humanos reconoce para los acusados en procesos penales ga-

---

45 ONU, Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Resolución 1984/50, de 25 de mayo de 1984.

46 CrIDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002.

rantías o derechos especiales adicionales. Para determinar si un procesado tiene derecho a estas garantías adicionales se deben atender a varios factores, de acuerdo con el **Caso Engel**[47] éstos son: (1) si el Estado en su ordenamiento jurídico interno atribuye la competencia sobre la trasgresión a la jurisdicción penal, (2) la naturaleza propia de la falta cometida y (3) el grado y severidad de la pena. De estos tres factores establecidos por la **CrEDH** consideramos que es el último el más relevante y determinante, hay que agregar que la severidad de la pena no solo se refiere a la inmediatamente aplicable, sino que una sanción aún siendo leve puede considerarse de naturaleza penal si acarrea para la persona su inscripción en un registro policivo o genera la posibilidad futura de una pena agravada por razón de reincidencia. Como regla general las penas privativas de la libertad deben ser consideradas como de naturaleza penal[48], "*excepto aquellas que por su naturaleza, duración o modo de ejecución no pueden ser apreciablemente perjudiciales*" [49].

Estos derechos deben ser respetados a todos los acusados sin importar el delito del cual se les acuse o qué tan culpables parezcan, así ha dicho la **CrIDH**: "*la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción*"[50].

Es importante resaltar que estos derechos no solo deben ser respetados en las etapas judiciales de los procesos penales sino en todas

---

47 CrEDH, Case of Engel and Others v. The Netherlands, Judgment of June 8 of 1976.

48 CrEDH, Case of Ezeh and Connors v. The United Kingdom, Judgment of October 9 of 2003.

49 CrEDH, Case of Engel and Others v. The Netherlands, Judgment of June 8 of 1976.

50 CrIDH, Caso Fermín Ramírez v. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005.

las etapas incluidas las investigativas, así ha considerado la CrIDH: "*si bien parecen contraerse al amparo de personas sometidas a un proceso judicial (Art. 8.2) o inculpadas en el marco del mismo (Art. 8.3), a juicio de la Corte también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona que se trata*"[51]. En ese mismo sentido la **CrEDH** ha señalado que el derecho a la asistencia de un defensor debe respetarse desde los primeros interrogatorios o indagatoria que se haga al sospechoso[52].

Por último, es importante advertir como lo ha hecho la **CrIDH** que: "*La Convención no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional*" [53]. Siendo este pronunciamiento relativo a la **CADH** es a nuestro juicio válido para el **DIDH** en general.

Pasemos entonces a ver cuáles son estos derechos que el **DIDH** recoge para los acusados:

A. Presunción de Inocencia

El **CDHONU** nos explica lo que implica este derecho: "*Ninguna culpabilidad puede ser presumida hasta que el cargo haya sido pro-*

---

[51] CrIDH, Caso Maritza Urrutia v. Guatemala, Sentencia de 27 de noviembre de 2003.

[52] CrEDH, Case of Imbrioscia v. Switzerland, Judgment of November 24 of 1993.

[53] CrIDH, Fermín Ramírez v. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005

bado más allá de la duda razonable (debe haber certeza). *Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de acuerdo a este principio. Es entonces una obligación de todas las autoridades públicas el retraerse de prejuiciar el resultado de un juicio"*[54].

Este derecho a la presunción de inocencia ha tenido un desarrollo considerable en la jurisprudencia de la **CrIDH**, así este Tribunal en el **Caso Cantoral Benavides** se refirió al mismo manifestando que: *"El principio de presunción de inocencia tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista* **prueba plena** *de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla"*[55](lo resaltado es nuestro). Y en algunos casos más recientes como el **Caso Ricardo Canese**, la **CrIDH** ha agregado que: *"el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el* **onus probandi corresponde a quien acusa"**[56](lo resaltado es nuestro). La **Corte Interamericana** en el **Caso Lori Berenson Mejía**, afirmó, tomando criterios de la **Corte Europea,** que si bien no se puede impedir a las autoridades informar al público acerca de las investigaciones criminales en proceso, sí se requiere que lo hagan: *"con toda la discreción y la cautela necesarias para que el derecho a la presunción de inocencia sea respetado"*[57]. También dijo la **CrIDH** en ese caso que: *"el derecho*

---

[54] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 13: Administration of justice, 1984.

[55] CrIDH, Caso Cantoral Benavides v. Perú, Sentencia de Fondo de 18 de agosto de 2000.

[56] CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

[57] CrIDH, Caso Lori Berenson Mejía v. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004.

a la presunción de inocencia puede ser violado no sólo por un juez o una Corte sino también por otra autoridad pública". En este sentido consideramos esencial que el derecho a la presunción de inocencia sea respetado por los fiscales y demás funcionarios de instrucción encargados de la investigación de un hecho punible. Quizás este sea uno de los terrenos donde pueden entrar en posible conflicto la libertad de expresión y el derecho de la sociedad a estar informada, por un lado, y por el otro, el derecho a la presunción de inocencia y a la honra y dignidad, pues es muy frecuente ver que una persona a la cual se le sigue un proceso penal, no ha sido aún condenada por las autoridades competentes, cuando ya ha sido "condenada" por la prensa. De ahí la importancia del profesionalismo y la ética con que deben manejarse los comunicadores sociales para llevar adelante su noble y determinante labor.

Este derecho también es reafirmado por el **Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión**[58]**,** los cuales en su **Principio 36.1** establecen: "*Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa de un delito y se le tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho, en un juicio público en el que haya gozado de las garantías necesarias para su defensa".*

El respeto al derecho a la **presunción de inocencia** debe ser tomado en cuenta cuando las autoridades judiciales o de instrucción aplican la medida cautelar de la prisión preventiva. A este respecto la **Corte Interamericana** a partir del **Caso Suárez Rosero** ha establecido que: "*De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá*

[58] ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptados por la Asamblea General en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues **la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva** *Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de la libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos"*[59] (el resaltado es nuestro). La **Reglas Mínimas Para el Tratamiento de Reclusos**, establecen, en su **Regla 84.2** que *"el acusado*[60] *gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia".*

En otro caso, en esta ocasión contra el Estado Paraguayo, el **Caso Ricardo Canese**, la **Corte Interamericana** siguió ampliando sus pronunciamientos sobre la aplicación de ciertas medidas cautelares como la prisión preventiva, que como hemos visto pueden llegar a afectar el derecho a la presunción de inocencia, y manifestó que tales medidas: *"tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran* **limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática***. La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razona-*

[59] CrIDH, Caso Suárez Rosero v. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

[60] Recordemos que este instrumento denomina "acusado" a toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infracción a la ley penal, detenida en un local de policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada (Regla 84.1).

blemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad. Asimismo, dichas medidas cautelares no pueden constituirse en sustituto de la pena privativa de libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas"[61] (lo resaltado es nuestro).

Le hemos dedicado algunas líneas de más a exponer los razonamientos de la **Corte Interamericana** respecto a este tema porque es preocupante que en nuestros países latinoamericanos literalmente se abusa de la prisión preventiva, y esto además de conllevar una violación al derecho a la presunción de inocencia y la libertad personal, se convierte potencialmente en una fuente de violaciones al derecho a la integridad personal puesto que el abuso de esta medida es uno de los principales (si no el principal) factor que tiene incidencia en el hacinamiento carcelario, que a su vez es uno de los principales factores que tiene incidencia en que a los detenidos no se les de un trato consecuente con su dignidad humana en los centros penitenciarios, amén de que en muchos países no se cumple con el deber mínimo de separar a los detenidos en espera de juicio de aquellos que ya han sido condenados.

También ha encontrado la **CrIDH** que existe violación del principio de presunción de inocencia cuando se adelante un proceso sin pruebas o indicios suficientes para ello: "*A pesar de que no se demostró por medios técnicos o científicos, como la ley lo exigía, que las sustancias cuya posesión se atribuyó al señor Acosta Calderón eran estupefacientes, los tribunales llevaron adelante el proceso en contra*

[61] CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

del inculpado con fundamento en la declaración policial de quienes practicaron el arresto. Esto demuestra que se trató de inculpar al señor Acosta Calderón sin indicios suficientes para ello, presumiéndose que era culpable e infringiendo el principio de presunción de inocencia"[62].

B. Derecho a la Asistencia de un Traductor o Intérprete

Este derecho es una consecuencia del principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, pues frente a ciertas desigualdades reales el Estado está obligado a: *"adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas"*[63]. Este derecho a un traductor o intérprete cobra especial importancia en países con una alta presencia de población indígena, debido a que estos grupos, además de hablar otras lenguas, se encuentran en una situación de desigualdad real provocada por una serie de factores, históricos, culturales, raciales y, sobre todo, económicos.

La **CrEDH** ha entendido que el derecho a intérprete *"se extiende a todos aquellos documentos o declaraciones en un proceso penal que el acusado necesita entender o rendir en el lenguaje del tribunal a razón de que tenga el beneficio de un juicio justo. La asistencia de*

---

62 CrIDH, Caso Acosta Calderón v. Ecuador, Sentencia de Junio 24 de 2005.

63 CrIDH, Opinión Consultiva 16 del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

interpretación que se provea debe ser tal que permita al acusado tener conocimiento del caso en su contra y poder defenderse, para estar en capacidad de poner ante el tribunal su versión de los hechos"[64]. Además ha señalado el Tribunal Europeo que este derecho no tiene una extensión que conlleve la obligación de traducir toda la evidencia documental o todos los documentos oficiales[65]. Si bien los tratados enuncian este derecho haciendo referencia a la asistencia gratuita de un intérprete, de acuerdo a la **CrEDH** eso solo significa que *prima facie* no deba cobrarse el servicio de intérprete, pero bien podría agregarse esta costa en la condena en casos en que el imputado sea encontrado culpable y su condición económica sea tal que el temor a tener que pagar los costos de interpretación no sea un factor que afecte su decisión sobre la propia defensa[66]. Por otra parte la traducción brindada en la audiencia no necesariamente tiene que ser simultánea[67]. Este derecho a un intérprete también se extiende a los sordomudos, los cuales usualmente deben comunicarse por medio de un lenguaje especial de señas.

C. Derecho a Conocer los Cargos

La **Corte Interamericana** se pronunció sobre el alcance de esta disposición y estableció que: "*Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquel a preparar debidamente su defensa"*[68]. Esta primera declaración o indagatoria, es entendida por algunos penalistas como el primer medio de defen-

---

64 CrEDH, Case of Lagerblom v. Sweden, Judgment of January 14 of 2003.
65 CrEDH, Case of Kamasinski v. Austria, Judgment of December 19 of 1989.
66 CrEDH, Case of Kamasinski v. Austria, Judgment of December 19 of 1989.
67 CrEDH, Case of Kamasinski v. Austria, Judgment of December 19 of 1989.
68 CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

sa del imputado, por eso debe cumplirse en esta diligencia una serie condiciones, para que la misma se ajuste al debido proceso, entre ellas que el imputado tenga conocimiento de las causas que motivan su detención. En este caso, la **CrIDH**, dijo también, tomando criterios del **Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**, que: "*este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal*"[69]. Con respecto a este derecho el **PIDCP** es un poco más explícito[70] que la **CADH** y establece en su **Art. 14.3 (a)** que toda persona tiene derecho: "*A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*". El **Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión**[71] preceptúa en varias de sus disposiciones que: "*Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella*" (**Principio 10**). "*Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde*" (**Principio 11.2**). "*Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del periodo de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos*" (**Principio 13**). Además todo esto debe hacerse en un idioma que comprensible para la persona detenida (**Principio 14).**

---

69 CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

70 En general consideramos que la redacción del Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es más detallada, y más completa que la de su homólogo el Art. 8 de la CADH.

71 ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptados por la Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

Este derecho no se satisface con señalar las bases fácticas del arresto sino que también debe ponerse en conocimiento del imputado la normal legal que específicamente se considera violada[72]. En cuanto a la posibilidad de modificar las bases de la acusación durante el curso del proceso la CrIDH ha tomado la siguiente posición: "*Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la "acusación" en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procésales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado "principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación... La necesaria congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el nuevo interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar la base fáctica de la acusación. Si esto ocurre irregularmente, se lesiona el derecho a la defensa, en la medida en que el imputado no ha podido ejercerlo sobre todos los hechos que serán materia de la sentencia*"[73].

D. Derecho a Preparar una Defensa

El **CDHONU** ha detallado el alcance y contenido de este derecho de la siguiente manera: "*El acusado debe contar con el tiempo y facili-*

[72] CrIDH, Caso Acosta Calderón v. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005.
[73] CrIDH, Caso Fermín Ramírez v. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005.

dades adecuadas para la preparación de su defensa y para comunicarse con el abogado de su escogencia. El tiempo adecuado dependerá de las circunstancias de cada caso, las facilidades deben incluir acceso a documentos y otras evidencias que el acusado requiera para preparar su caso, así como la oportunidad de reunirse y comunicarse con su abogado... Además que el abogado se comunique con el acusado en condiciones que den respeto total a la confidencialidad de sus comunicaciones. Los abogados deben poder aconsejar y representar a sus clientes de acuerdo con sus estándares profesionales establecidos sin restricciones, influencias, presiones o interferencias indebidas de cualquier tipo"[74].

La **Corte Interamericana** en el **Caso Castillo Petruzzi** consideró que el **Principio 8** de los **Principios Básicos sobre la Función de los Abogados**[75] relativos a las salvaguardias especiales en asuntos penales, fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa, el mismo, establece que: "*A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversa-*

---

[74] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 13: Administration of justice, 1984.

[75] ONU, Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) de 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Este interesante instrumento de carácter declarativo, además de reiterar el deber del Estado de suministrar asistencia letrada y los medios necesarios para asegurar la defensa adecuada de los procesados penalmente, también aborda otros temas interesantes como por ejemplo: ciertas funciones sociales de las asociaciones profesionales de abogados, el deber de los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados de velar por la debida formación y preparación académica y ética de los abogados, las obligaciones de los abogados para con sus clientes, las garantías necesarias para el ejercicio de la profesión, los códigos de conducta que deben regir la profesión y la posibilidad de reclamaciones y quejas contra los profesionales del derecho.

ción". Del análisis de este **Caso Castillo Petruzzi,** del **Caso Suárez Rosero** y del **Caso Lori Berenson Mejía** donde la **CrIDH** también entró a considerar este derecho, se desprende que ciertas situaciones como: no permitir o restringir excesivamente el acceso de los abogados al expediente, condenar al inculpado en base a prueba nueva que el abogado no pueda conocer o contradecir, la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo, el que los inculpados no hayan tenido conocimiento oportuno y completo de los cargos que se le hacían, mantener al detenido incomunicado del mundo exterior, la presencia de jueces con la condición de funcionarios de identidad reservada o "sin rostro", lo cual hace imposible para el imputado o su abogado conocer si se configura alguna causal de recusación, son violatorias del derecho a la defensa adecuada**.**

Volviendo al punto del derecho a la comunicación con un abogado, las **Reglas Mínimas** establecen en su **Regla 93** que el acusado: *"Podrá preparar y dar a éste* (al abogado) *instrucciones confidenciales. Para ello, se le proporcionará, si lo desea, recado de escribir. Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario".* En concordancia con esto, el **Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión** establecen que toda persona detenida o presa tiene derecho a disponer de *"tiempo y medios adecuados para consultar a su abogado"* (**Principio 18.2**), a *"ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden"* (**Principio 18.3**). Señalan también estos principios que: *"Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado men-*

cionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer" (**Principio 18.5**).

E. Derecho a Defenderse Personalmente o a la Asistencia de un Defensor de su Elección

La **Corte Interamericana** en el **Caso Tibi,** trajo a colación el **Principio 17** de los **Principios Para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión,** el cual consagra que: "*(1) Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo. (2) La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo".* En este caso, el juez de la causa designó un abogado de oficio para la defensa del imputado, sin embargo ese abogado no lo visitó ni participó en su defensa, por ende la responsabilidad del Estado no se agota en simplemente "asignar" un defensor de oficio, sino que además el mismo debe actuar en el proceso y ejercer sus funciones con cierto grado de responsabilidad. En este sentido, la **Corte Europea** ha considerado que: "*Aunque la conducción de la defensa es esencialmente un asunto entre el acusado y su abogado, las autoridades nacionales competentes están en la obligación de intervenir si el fallo de un defensor público en proveer una representación efectiva es manifiesto o es suficientemente llevado a su atención por cualquier otro medio. Sin embargo, un Estado no puede ser responsable por cada error cometido por parte del abogado nombrado para propósitos de asistencia legal"*[76].

[76] CrEDH, Case of Lagerblom v. Sweden, Judgment of January 14 of 2003.

En cuanto al derecho al defensor de oficio, de acuerdo al desarrollo jurisprudencial de la **CrEDH,** el mismo es un pilar esencial del debido proceso para las personas que no pueden costear por sus propios medios los servicios de un abogado. Este derecho representa la opción al derecho de autorrepresentación, así establece la **CrEDH** que: "*una persona acusada de una ofensa criminal que no desea defenderse ella misma en persona debe poder recurrir a asistencia legal de su propia elección; si no tiene suficientes medios para pagar por tal asistencia, tiene derecho bajo la Convención de que se le proporcione gratuitamente cuando el interés de la justicia así lo requiera*"[77]. Sin embargo la decisión entre estas opciones no necesariamente pertenece al imputado pues: "*se garantiza que los procesos contra el acusado no van a tener lugar sin una adecuada representación por parte de la defensa, pero no se confiere al acusado el derecho de decidir en qué manera su defensa será asegurada. Tal decisión sobre cual de las dos alternativas mencionadas en la norma debe ser escogida, léase el derecho del peticionario a defenderse en persona o a ser representado por un abogado de su propia elección, o en ciertas circunstancias uno designado por el tribunal, depende de la legislación aplicable o los reglamentos del tribunal*"[78]. Para determinar si el interés de la justicia llama a que se deba proporcionar al acusado asistencia legal gratuita se debe atender a factores tales como "*la seriedad de la ofensa, la severidad de la posible pena así como a la complejidad del caso*"[79], de tal manera que es lícito no contemplar asistencia gratuita para los procesos por delitos con pena leva y de poca complejidad así como negar a un acusado el derecho a representarse el mismo cuando el la complejidad del caso exija en interés de la justicia una defensa técnica.

---

77 CrEDH, Judgment of Pakelli v. Germany, Judgment of April 25 of 1983.

78 CrEDH, Case of Mayzit v. Russia, Judgment of January 20 of 2005.

79 CrEDH, Case of Lagerblom v. Sweden, Judgment of January 14 of 2003. CrEDH, Case of Guaranta v. Switzerland, Judgment of May 24 of 1991.

No se reconoce sin embargo, un derecho como tal a remover un defensor de oficio, la **CrEDH** ha dicho que: *"no considera irrazonable, en miras al deseo general de limitar el costo total de la asistencia legal, que las autoridades nacionales tomen un acercamiento restrictivo a las solicitudes de reemplazo de un defensor público una vez que éste ha sido asignado a un caso y ha realizado ciertas actividades"*[80]. Como regla general sólo es violatorio de los estándares internacionales de derechos humanos el denegar la solicitud de reemplazo de un abogado de oficio cuando se observa que las gestiones del mismo no constituyen una representación razonablemente adecuada.

En el **Caso Suárez Rosero,** la **CrIDH** determinó que la incomunicación total de un detenido (la cual como vimos en el capítulo referente al derecho a la libertad personal, es una medida excepcional) le impide ejercer su derecho de consultar a un abogado. También debemos señalar que a nuestro juicio, el sólo permitirle a un detenido comunicarse con su abogado por medio de escritos no asegura el derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Naturalmente, cuando se le obstaculiza a un detenido la libre comunicación con su abogado, además de violarse este derecho se viola el derecho a preparar la defensa.

F. Derecho al Defensor de Ausente

Para efectos de preservar el interés de la justicia es aceptado que una persona pueda ser juzgada *in absentia,* pues el dejar pasar el tiempo hasta que la persona se presente podría traer consecuencias como la desaparición o deterioro de las pruebas[81] e incluso podría propiciar

---

[80] CrEDH, Case of Lagerblom v. Sweden, Judgment of January 14 of 2003.

[81] CrEDH, Case of Sejdovic v. Italy, Judgment of November 10 of 2004. CrEDH, Case of Krombach v. France, Judgment of February 13 of 2001.

la impunidad. Sin embargo en este tipo de procesos debe ser respetado el derecho a la defensa. "*Aunque no es absoluto, el derecho de todo acusado de una ofensa penal a ser efectivamente defendido por un abogado, asignado de oficio si es necesario, es uno de los elementos fundamentales de un juicio justo. Una persona acusada de una ofensa criminal no pierde el beneficio de este derecho solo por razón de no haberse presentado al juicio. Incluso si la legislatura debe estar en posibilidad de desanimar las ausencias injustificadas, no puede penalizarlas mediante la creación de excepciones al derecho de asistencia legal*"[82]. Es importante la clasificación de "irrenunciable" que la **CADH** hace de este derecho pues la misma deja superado el debate acerca de si el hecho de que una persona huya cuando se sabe perseguida de la justicia constituye o no una renuncia del derecho a comparecer a un tribunal y a defenderse.

Se reconoce el derecho a una revisión del juicio cuando el condenado en ausencia se presenta o es capturado, "*Aunque los recursos que toman lugar en ausencia del acusado no son en sí mismos incompatibles con el artículo 6 de la Convención* (Convención Europea de Derechos Humanos), *una denegación de justicia, sin embargo y sin duda alguna ocurre cuando una persona condenada en ausencia no está en posibilidad de obtener por parte de un tribunal que lo haya escuchado, en concordancia con los requisitos del artículo 6, una nueva determinación de los méritos de la acusación en respecto tanto al derecho como a los hechos*"[83]. No constituye una violación que sean los mismos jueces que condenaron al acusado quienes realizan esta nueva determinación de la causa, siempre y cuando tengan la facultad de realizar una determinación fresca de toda la causa y sus poderes no estén limitados solo a la revisión de los propios errores que hayan podido cometer en el primer juicio[84].

---

82 CrEDH, Case of Krombach v. France, Judgment of February 13 of 2001.
83 CrEDH, Case of Sejdovic v. Italy, Judgment of November 10 of 2004.
84 CrEDH, Case of San Leonard Band Club v. Malta, Judgment of July 29 of 2004.

G. Derecho a Interrogar los Testigos

La **Corte Interamericana** en el **Caso Castillo Petruzzi,** tomando criterios de la **Corte Europea,** dijo que: "*Tal como lo ha señalado la Corte Europea, dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa*"[85]. El **CDHONU** por su parte, ha señalado: "*El acusado deberá tener derecho a examinar o hacer examinar los testigos en su contra y a obtener la comparecencia y examen de los testigos en su favor bajo las mismas condiciones que los testigos en su contra. Esta norma está diseñada para garantizar al acusado los mismos poderes legales de compeler la comparencia de testigos y de examinar o reexaminar cualquier testigo que esté disponible para la parte acusadora*"[86].

Se reconoce el derecho de todo acusado a interrogar los testigos que sean presentados en su contra, sin embargo, esto no excluye del todo el valor jurídico que puedan tener, como evidencia, las declaraciones extrajudiciales. Al respecto la **CrEDH** ha considerado que: "*Puede ser necesario en ciertas circunstancias el referirse a interrogatorios hechos durante la etapa investigativa (en particular cuando un testigo se rehúsa a repetir sus declaraciones en público a causa del temor por su seguridad, una situación frecuente en juicios concernientes a organizaciones criminales tipo mafia). Si al imputado se le ha dado una adecuada oportunidad de oponerse a las declaraciones, ya sea cuando fueron realizadas o en una etapa posterior, su admisión como evidencia no contraviene en sí misma el derecho a interrogar testigos. El corolario de eso es, sin embargo, que cuando una condena está basada solo, o en un nivel decisivo, en declaraciones hechas por una per-*

---

[85] CrIDH, Caso Castillo Petruzzi y Otros v. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

[86] ONU, Human Rights Committee, General comment No. 13: Administration of justice, 1984.

sona que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar o de hacer examinar, sea durante las investigaciones o en el juicio, el derecho de la defensa ha sido restringido en una extensión que es incompatible con las garantías proveías por el artículo 6"[87].

H. Derecho a No Ser Obligado a Declarar Contra Sí Mismo

Este derecho implica, *inter alia*, que un individuo no debe ser objeto de torturas o actos destinados a doblegar su resistencia psíquica para obligarlo a autoinculparse[88]. El **Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión,** establece que: "*Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida o presa para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona*" (**Principio 21.1**). "*Ninguna persona detenida será sometida, durante su interrogatorio, a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio*" (**Principio 21.2**).

La **CrEDH** ha reconocido este derecho, aunque el mismo no aparece expresamente en la **CEDH,** de la siguiente manera: "*El derecho a no incriminarse está, sin embargo, relacionado primariamente con respetar el deseo de un acusado a permanecer en silencio. Como es comúnmente entendido en los sistemas legales de los Estados Partes de la Convención y en otros, no se extienda al uso en procesos penales de material que pueda ser obtenido del acusado a través del uso de poderes coercitivos pero que tiene una existencia independiente de la voluntad del sospechoso tal como, inter alia, documentos adquiridos en consecución de una orden de cateo, aliento, muestra de sangre y orina y tejido corporal para propósitos de pruebas de ADN*"[89]. El **Juez**

---

87 CrEDH, Case of Luca v. Italy, Judgment of February, 27 of 2001.
88 CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de Septiembre de 2004.
89 CrEDH, Case of Saunders v. the United Kingdom, Judgment of December 17 of 1996.

Walsh de la **CrEDH** ha agregado acertadamente que "*El derecho a la protección contra la autoincrimación forzada no es simplemente un derecho a rehusarse a testificar en un tribunal pero debe también aplicarse a cuerpos endosados por la ley con poderes inquisitivos; y el derecho a rehusarse a contestar preguntas que puedan abrir una línea incriminatoria de interrogación*"[90].

I. Derecho a Recurrir del Fallo Ante un Tribunal Superior (principio de la doble instancia)

La **Corte Interamericana** en el **Caso Herrera Ulloa** se refirió al contenido de este derecho y consideró que: "*el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona... Se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. debe ser un recurso ordinario eficaz, mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir".* Y continúa agregando la **CrIDH** en este caso: "*Independientemente de la denominación que se de al recurso existente para recurrir un fallo,*

[90] CrEDH, Case of Saunders v. the United Kingdom, Judgment of December 17 of 1996, Concurring Opinion of Judge Walsh

lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida"[91]. En este caso la **CrIDH** hizo suyo el criterio del **Comité de Derechos Humanos de la ONU,** que estima que para que este derecho se cumpla de manera efectiva la revisión del fallo no puede limitarse a los aspectos formales de la sentencia de primera instancia, debe dársele al recurrente la posibilidad de que su sentencia sea revisada integralmente.

Por otro lado, a partir del **Caso Castillo Petruzzi** la **CrIDH** estableció que: "*El derecho a recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él...*"[92] En este caso la **CrIDH** se pronunció de esta manera porque consideró que al pertenecer el tribunal de segunda instancia a una estructura militar no tenía la independencia necesaria para actuar ni constituía un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. Por lo que no se cumplió realmente con el requisito de la doble instancia.

---

91 CrIDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004.

92 CrIDH, Caso Castillo Petruzzi y Otros v. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

El **Protocolo No. 7** de la **CEDH** establece excepciones expresas a este derecho que no aparecen recogidas ni en la **CADH** ni en el **PIDCP**, estas son respecto a los casos de faltas menores o los procesos que en primera instancia son ventilados por el tribunal más alto del País. Estas excepciones nos parecen válidas y adecuadas, aunque no aparezcan recogidas en los otros instrumentos, sin embargo a nuestro juicio solo se pueden comprender dentro del concepto de faltas menores aquellas que no conlleven pena privativa de libertad.

J. Derecho a Estar Presente en la Audiencia

Aunque no es mencionado expresamente, se deriva del espíritu de los tratados de derechos humanos este derecho del acusado a estar presente en la audiencia en que se decide su destino[93]. Generalmente se ha reconocido como una excepción a esta regla las apelaciones y casaciones donde se toquen únicamente puntos de derecho y no se produzcan reevaluaciones de los hechos, en las que no se entiende necesaria la presencia del condenado, bastando la de su abogado, y se comprende el interés del Estado en no incurrir en gastos de transporte entre los tribunales y los centros penitenciarios[94], sin embargo a la luz de la moderna tendencia jurídica al reconocimiento de los derechos de las víctimas, la que reconoce a las mismas el derecho a estar presente en las apelaciones y casaciones, consideramos que sería violatorio del principio de equidad procesal no conceder, en ciertos casos, el mismo derecho al condenado.

Es especialmente requerida la presencia del condenado en las audiencias donde se vayan a evaluar aspectos inherentes a su persona: *"La Corte, tomando en cuenta la naturaleza del asunto principal ante*

---

93 CrEDH, Case of Ziliberberg v. Moldova, Judgment of February 1 of 2005.

94 CrEDH, Case of Kremzow v. Austria, Judgment of September 21 of 1993. CrEDH, Case of Kamasinski v. Austria, Judgment of December 19 of 1989.

la Corte Suprema, léase una reevaluación de la personalidad y carácter del peticionario, incluido su estado mental al momento de cometer la ofensa, y su motivación y su peligrosidad en general, y tomando en cuenta la gravedad de lo que estaba en juego para el peticionario -un posible incremento de su sentencia a cadena perpetua- no considera que su caso podría haber sido examinado adecuadamente sin recibir una impresión personal del peticionario. Era, **entonces, esencial para la justicia de los procesos que él estuviera presente en las audiencias de las apelaciones** *y se le concediera la oportunidad de apelar, junto a su abogado defensor"*[95] (lo resaltado es nuestro).

K. Prohibición del Doble Juzgamiento

La **Corte Interamericana** en relación con este derecho, dijo en el **Caso Loayza Tamayo** que: "*Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo -delito -), la Convención Americana utiliza la expresión -los mismos hechos-, que es un término más amplio en beneficio de la víctima"*[96]. En efecto la formula empleada por la **CADH** que amplía este derecho al prohibir el doble juzgamiento en función no solo de la misma base legal sino además de la misma base fáctica es la universalmente aceptada por la doctrina en la actualidad.

Es importante señalar que para que exista doble juzgamiento debe existir una sentencia final, es decir una sentencia que no admita recur-

[95] CrEDH, Case of Michael Edgard Cooke v. Austria, Judgment of February 8 of 2000.

[96] CrIDH, Caso Loayza Tamayo v. Perú, Sentencia de Fondo de 17 de septiembre de 1997.

so ordinario alguno ya sea porque estos fueron agotados o porque prescribió la oportunidad para hacerlo[97]. En esa misma línea, también es importante distinguir, como ha hecho la **CrEDH,** entre el doble juzgamiento y la reapertura de un proceso: "*El artículo 4 del Protocolo No. 7 establece una clara distinción entre un segundo juicio o proceso, que es prohibido por el primer párrafo de este artículo, y la reanudación de un juicio en circunstancias excepcionales, lo que está recogido en el segundo párrafo. El artículo 4.2 del Protocolo No.7 expresamente divisa la posibilidad de que un individuo tenga que aceptar persecución por los mismos cargos, de acuerdo al derecho interno, cuando un caso es reabierto luego de la emergencia de nueva evidencia o el descubrimiento de un defecto fundamental en los procesos previos*"[98].

L. Derecho a Solicitar la Asistencia Consular

Este derecho está reconocido en el **Art. 36.1 (b)** de la **Convención de Viena sobre Relaciones Consulares**[99], La disposición citada señala que: "*Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia...*"

En efecto aun cuando el mismo no aparece taxativamente en la redacción del **Art. 8** que comentamos, la jurisprudencia de la **Corte Interamericana** lo reconoce como otra de las garantías mínimas o derechos procesales con los que debe contar una persona acusada de un

---

97 CrEDH, Case of Nikitin v. Russia, Judgment of July 20 of 2004.
98 CrEDH, Case of Nikitin v. Russia, Judgment of July 20 of 2004.
99 ONU, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Adoptada en Viena el 24 de abril de 1963, Entrada en Vigor el 19 de marzo de 1967.

delito. Así, la **CrIDH**, ha considerado que este derecho, al igual que el derecho a un traductor), son consecuencia de derecho a la igualdad y del principio de no discriminación, que obligan al Estado a tomar ciertas medidas necesarias para eliminar los efectos de determinadas desigualdades de hecho que pudieran existir entre los seres humanos, como ha dicho la **CrIDH:** "*Estos* (el derecho a la asistencia consular y al traductor) *son medios para que los inculpados puedan hacer uso de otros derechos que al ley reconoce a todas las personas. Aquellos y éstos,* **indisolublemente vinculados entre sí**, *forman el conjunto de garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal*"[100] (lo resaltado es nuestro). Resaltamos aquellas palabras para confirmar nuestra tesis de que efectivamente la Corte considera el derecho a la asistencia consular como una garantía más de las contenidas en el menú de garantías que hemos venido estudiando.

Este derecho también está consagrado en la **Regla 38** de las **Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos** que establece que: *"(1) Los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares. (2) Los reclusos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos".* En el mismo sentido se expresa el **Principio 16.1** del **Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.**

[100] CrIDH, Opinión Consultiva 16 del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Como se puede colegir del propio título de esta Opinión Consultiva, la Corte Interamericana se dedicó a desarrollar este derecho ampliamente en esta opinión.

La inobservancia de este derecho puede afectar el derecho a la defensa[101]**.** A este respecto la **Corte Interamericana** también ha sentado que: "*Ha de tomarse en cuenta la situación real que guardan los extranjeros que se ven sujetos a un procedimiento penal, del que dependen sus bienes jurídicos más valiosos y, eventualmente su vida misma. Es evidente que, en tales circunstancias, la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país, contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene -y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía- se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas*"[102].

En el C**aso Acosta Calderón v. Ecuador** este criterio ha sido más desarrollado: "*El extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado. En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión. En este sentido, la Corte también ha señalado que el derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y*

[101] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

[102] CrIDH, Opinión Consultiva 16 del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

contar con un juicio justo. La inobservancia de este derecho afectó el derecho a la defensa del señor Acosta Calderón, el cual forma parte de las garantías del debido proceso legal"[103].

Este derecho aparece consagrado también en la **DADH Art. XXVI, DUDH Arts.** 10 y **11(1), CADF Art.** 7(1) **y CEDF Art. 47, 48 y 50.**

[103] CrIDH, Caso Acosta Calderón v. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005.

Principio de Legalidad

En este apartado trataremos dos temas: en primer lugar el principio de legalidad que como regla general del **DIDH** debe regir cualquier restricción estatal que se haga de los derechos humanos, y en segundo lugar, el conjunto de normas especiales que rigen la restricción de la libertad personal en función de la justicia penal, las cuales aparecen consagradas de manera expresa y autónoma en la **CADH**, **CEDH** y **PIDCP**.

I- Del Principio de Legalidad en General

El principio de legalidad en materia de **DIDH** implica que ningún derecho humano puede ser restringido sin un fundamento legal. Podemos observar en varios artículos dentro de los tratados de la materia referencia expresa a este principio, señalándose que el derecho solo podrá ser limitado en lo prescrito por la ley, sin embargo esto no quiere decir que el principio no se aplique al resto de los derechos, inclusive en los casos en que algunos derechos contemplan excepciones expresas como por ejemplo, el derecho de libertad de asociación respecto a los funcionarios de policía, estas excepciones no operan de pleno derecho sin fundamento legal de derecho interno.

Estrechamente relacionados con el principio de legalidad están los principios de **accesibilidad**, **previsibilidad** y **adecuación de la conducta** que hacen referencia a que las normas legales deben ser accesibles y claras a los ciudadanos de manera que estos puedan determinar claramente cuales son las conductas que deben abstenerse de realizar así como tener certeza de las consecuencias que puede conllevar la comisión de las mismas. El reconocimiento de estos principios tiene como finalidad preservar la certeza jurídica necesaria en una sociedad democrática. Veamos ahora algunos pronunciamientos de la CrEDH relativos a estos principios:

Respecto al principio de **accesibilidad: "***La ley, debe ser adecuadamente accesible: el ciudadano debe poder tener una indicación que sea adecuada bajo las circunstancias de las normas legales aplicables a un caso dado*"[1]

Respecto a los principios de **previsibilidad** y **adecuación de la conducta:** "*Uno de los requisitos emergentes de la expresión -prescrito por la ley- es la previsibilidad de la medida relacionada. Una norma no puede ser considerada como ley a menos que sea formulada con suficiente precisión para permitir que la persona regule su conducta: ésta deberá poder -de ser necesario, con la adecuada asesoría- prever, a un grado que sea razonable bajo las circunstancias, las consecuencias que una acción dada pueda conllevar. Estas consecuencias no necesitan ser previsibles con absoluta certeza, la experiencia muestra que esto es imposible*"[2].

En base a los pronunciamientos anteriores podemos concluir:

a) Que para satisfacer el principio de legalidad en materia general no siempre es necesario que la norma restrictiva sea una ley formal, entendida en la mayoría de las legislaciones como la emanada del órgano legislativo y publicada en la gaceta oficial, de acuerdo a la circunstancias puede bastar como sustento legal una norma o ley material siempre que sea **adecuada** para la restricción y **accesible** a los destinatarios de la misma. El grado y severidad de la restricción determinan el rango necesario del sustento legal y la generalidad con que vaya a ser aplicada determina el grado de publicidad necesaria.

b) Como regla general, se admite que ciertas normas que restrinjan derechos pueden tener cierto contenido técnico que quizás no sea

[1] CrEDH, Case of Sunday Times v. The United Kingdom, Judgment April 26 of 1979.

[2] CrEDH, Case of Busuioc v. Moldova, Judgment of December 12 of 2004.

fácilmente comprensible para todas las personas, pero deberá tener la suficiente precisión para que los destinatarios de la misma puedan adecuar su conducta tras consulta con un técnico de la materia.

c) Se reconoce que la absoluta certeza en la descripción de las conductas o sus consecuencias no siempre es posible, pues el rango de conductas que podrían poner al Estado en la necesidad de intervenir en el ejercicio que sus coasociados hagan de sus derechos internacionalmente tutelados es tan amplio que el principio de legalidad es más flexible para el resto de los derechos, que respecto al derecho a la libertad personal en materia penal[3]. El grado y severidad de la restricción determinarán el grado de certeza requerido.

d) En vistas de esa imposibilidad de una certeza absoluta, se acepta que hayan normas que concedan a ciertos funcionarios públicos facultades discrecionales, pero "*Una ley que confiera una discrecionalidad debe indicar el alcance de dicha discreción*"[4].

Fuera de los requisitos que desprendemos de la jurisprudencia de la **CrEDH,** la **CrIDH** acertadamente ha hecho referencia a un requisito más, nos referimos a la **legitimidad de la norma,** es decir, que toda norma restrictiva de los derechos humanos debe ser adoptada conforme a los principios democráticos que reconocidamente se deben seguir en la promulgación de leyes y normas jurídicas derivadas en los Estados de Derecho[5] (es decir que las normas legales dictadas por gobiernos de facto no satisfacen bajo ninguna condición los estándares del **DIDH**).

En miras de lo anterior, se plantea la pregunta de si la jurisprudencia puede constituir un sustento legal legítimo para la restricción de un

---

[3] CrEDH, Case of Maestri v. Italy, Judgment of February 17 of 2004.
[4] CrEDH, Silver and Others v. United Kingdom, Judgment of March 25 of 1983.
[5] CrIDH, Opinión Consultiva 6 del 9 de mayo de 1986, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana.

derecho, pregunta especialmente válida en el caso de los sistemas de derecho de corte anglosajón en los que los jueces y tribunales tienen poderes mucho más amplios que sus similares en sistemas de cortes romanistas y en los que la jurisprudencia es considerada una fuente de derecho mucho más importante. La CrEDH se ha manifestado a favor de considerar a la jurisprudencia como sustento legal legítimo[6], sin embargo somos de la opinión que aunque la jurisprudencia como acto de interpretación de la norma legal por parte del Estado es un factor que contribuye a la satisfacción del principio de previsibilidad, la misma *per se* no puede considerarse como norma legal para los efectos del **DIDH**, ni tampoco puede la interpretación jurisprudencial de una norma, por reiterada que sea, justificar una restricción cuando la misma se aleja demasiado del verdadero contenido y letra de la misma. Adoptamos esta posición porque un proceso donde se de una resolución sin sustento legal o una interpretación alejada de la letra de la norma sería violatorio de los derechos humanos y difícilmente una violación podría dejar de serlo por el sólo hecho de reiterarse.

Otra pregunta importante, es si la práctica de utilizar los llamados jueces legos o jurados de conciencia en procesos de naturaleza no penal, viola el principio de previsibilidad. Esta práctica es más común en los sistemas de derecho de corte anglosajón, pero no exclusiva de los mismos. Surge esta duda porque al no tener conocimientos jurídicos estos jueces no están obligados sustentar legalmente su decisión, además en mucho sistemas donde se utiliza esta figura los mismos tienen poderes amplísimos para determinar montos de indemnizaciones sin tener que justificar los mismos. La CrEDH ha considerado que este tipo de sistemas no viola el principio de previsibilidad[7], sin embargo en este punto también diferimos de la opinión del citado tribunal; la experiencia demuestra que cuando se da demasiada flexibilidad a este

[6] CrEDH, Case of Larissis v. Greece, Judgment of February 24 of 1998. CrEDH, Case of Coëme and Others v. Belgium, Judgment of July 22 of 2000.

[7] CrEDH, Case of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom, Judgment of July 13 of 1995.

tipos de jurados surgen montos indemnizatorios que exceden con creces los daños reales o incluso los montos punitivos que pudieran considerarse razonables, afectando de manera notable la certeza jurídica y el principio de previsibilidad.

Por último, debemos mencionar que al ser la certeza jurídica uno de los elementos esenciales para la subsistencia del Estado de Derecho, la retroactividad de normas jurídicas restrictivas de cualquier derecho humano deberá hacerse sólo a manera de excepción, si bien en materia general no existe una prohibición absoluta de la retroactividad desfavorable como en materia de derecho penal sólo podrá considerarse legítima la aplicación retroactiva de una norma jurídica cuando se justifique en una necesidad de interés social imperante[8].

II- El Principio de Estricta Legalidad en Materia Penal

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 9. Principio de legalidad y retroactividad.** Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.	**CEDH** **Artículo 7. No hay pena sin ley** 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.	**PIDCP** **Artículo 15** 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

[8] Veáse el Caso Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium, en que la CrEDH encontró violatoria del derecho de propiedad la aplicación retroactiva de una ley que reducía los limites de responsabilidad en materia marítima.

Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.	2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.	2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Por la naturaleza de la justicia penal en la que se ponen en juego las restricciones más severas a los derechos humanos el **DIDH** es más exigente respecto a los requisitos para la aplicación de la misma, de manera tal que en materia penal no hablamos sólo de un principio de legalidad sino de uno de **estricta legalidad**. Antes de entrar a ver las consecuencias de este principio, debemos señalar que el mismo no solo debe aplicarse a lo que el derecho interno reconoce como materia penal, sino a todo lo que de acuerdo a los estándares del **DIDH** puede ser considerado como materia punitiva tomando en cuenta los principios a los que ya hicimos referencia en el capítulo sobre el derecho al debido proceso. Es de resaltar también, que la aplicación de este principio no sólo se extiende a los tipos penales, y a las penas aplicables (tanto las principales como las accesorias[9]), sino también a las normas adjetivas aplicables al derecho penal (tales como las que fijan la prescripción de la acción penal[10]).

La **CrIDH** abordó por primera vez este tema en el **Caso Castillo Petruzzi**, cuando se refirió a la exactitud y claridad con que deben ser elaborados los tipos penales, es decir de acuerdo al principio de "lex certa", en ese caso la **CrIDH** manifestó: "*La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estric-*

[9] CrEDH, Case of Achour v. France, Judgment of November 10 of 2004.
[10] CrEDH, Case of Maestri v. Italy, Judgment of February 17 of 2004.

tos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana" [11]. Vemos que el grado de precisión y claridad exigido es mayor con respecto a los tipos penales que respecto a otro tipo de disposiciones.

De lo anterior también se desprende el principio general de Derecho Penal **Indubio Pro Reo** que prohíbe interpretaciones excesivas de los tipos penales en perjuicio de los imputados, siendo entonces en materia penal más restringidas las facultades interpretativas que puede tener un juez. "*En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en la adecuación de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico*"[12].

En cuanto a los delitos continuados, la **Corte Europea** al analizar su condición especial encontró que la sanción de éstos como un solo delito sin distinguir entre los actos cometidos antes de entrar en vigor

[11] CrIDH, Caso Castillo Petruzzi v. Perú, Sentencia de Fondo de 30 de mayo de 1999.

[12] CrIDH, Caso De la Cruz Flores v. Perú, Sentencia de 18 de noviembre de 2004.

una ley desfavorable y los posteriores a esto, constituye una violación al principio de legalidad y retroactividad.[13]

Este mismo criterio, también fue utilizado por la **CrIDH**, en el **Caso Cantoral Benavides**[14], en dicho caso la **CrIDH** se refería a la clara distinción que tenían que hacer las autoridades judiciales de Perú al momento de aplicar las leyes de traición a la patria o las leyes de terrorismo. Esto era crucial debido a la similitud, que en ese ordenamiento jurídico presentaban, ambos tipos penales. En ambos casos se aplicó el **artículo 9** en virtud del principio de legalidad en materia penal.

El segundo supuesto que recoge este artículo se refiere al **principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable**. La **CrIDH** ha dicho que: "*el Estado se encuentra impedido de ejercer su poder punitivo en el sentido de aplicar de modo retroactivo leyes que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito. Asimismo, tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible*"[15]. No sólo es necesario que la norma jurídica preexista a la comisión del hecho que penaliza, sino además **que sea conocida,** o **pueda serlo** antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretenden sancionar[16]. De ahí la importancia de darle la debida publicidad a las leyes que se promulguen. Por lo cual: "*…si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste*"[17].

---

[13] CrEDH, Case of Veeber v. Estonia (N° 2), Judgement of January 21 of 2003. CrEDH, Case of Ecer and Zeyrek v. Turkey, Judgment of January 21 of 2003.

[14] CrIDH, Caso Cantoral Benavides v. Perú, Sentencia de Fondo de 18 de agosto de 2000.

[15] CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

[16] CrIDH, Caso De La Cruz Flores v. Perú, Sentencia de 18 de noviembre de 2004.

[17] CrIDH, Caso De La Cruz Flores v. Perú, Sentencia de 18 de noviembre de 2004.

El siguiente caso que examinaremos es el **Caso Baena Ricardo v. Panamá**[18]**.** Antes de entrar a considerar el contenido de la sentencia, haremos algunas anotaciones sobre los hechos que motivaron este caso, dada la importancia que reviste para nosotros los panameños. Recordemos la muy comentada ley 25 promulgada por nuestro primer gobierno civil, el cual fue instaurado luego de un periodo de 21 años de dictadura. En este contexto, la nueva administración no deseaba tener dentro del engranaje gubernamental personas que habían laborado durante la época de los militares[19]. Así fueron arbitrariamente destituidos de sus cargos 270 servidores públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. Esta manifestación se llevó a cabo el 4 de diciembre de 1990.

El artículo 2 de la Ley 25 del 14 de diciembre de 1990[20] atribuía al Consejo de Gabinete la facultad de determinar qué acciones serían consideradas como atentatorias contra la democracia y el orden cons-

---

[18] CrIDH, Caso Baena Ricardo (270 Trabajadores) v. Panamá, Sentencia de Fondo de 2 de febrero de 2001.

[19] Es prudente recordar que este Manual no pretende hacer consideraciones políticas de ninguna tendencia, nos limitamos a señalar de manera imparcial los hechos.

[20] Artículo 1. Con el fin de preservar el Orden Constitucional, se autoriza al Órgano Ejecutivo y a los directores de instituciones autónomas y semi-autónomas, empresas estatales, municipales y demás dependencias públicas del Estado para que declaren insubsistentes los nombramientos de los servidores públicos que participaron y que participen en la organización, llamado o ejecución de acciones que atenten contra la Democracia y el Orden Constitucional, y que ocupen o no cargos en las juntas directivas de las organizaciones sindicales y de las asociaciones de servidores públicos; sus delegados y representantes sindicales o sectoriales, directores de las asociaciones de servidores públicos con independencia de la existencia o no de fuero sindical; o que estén o no regidos por leyes especiales.
Artículo 2. Las autoridades superiores de las distintas dependencias del Estado, tales como Ministros de Estado, directores de las instituciones autónomas y semi-autónomas, de las empresas estatales; y demás dependencias públicas, el Procurador de la Nación y el de la Administración, el Contralor General de la República, los Gobernadores y Alcaldes respectivos podrán, previa identificación, declarar insubsistente el nombramiento de funcionarios públicos que participen en los actos descritos en el Artículo 1 de esta Ley.

titucional, para que procediera la sanción administrativa de destitución. Cuando se publicó la Resolución No. 10 del Consejo de Gabinete, que tipificaba las acciones o conductas que debían ser consideradas como atentatorias contra la democracia y el orden constitucional, ya se habían aplicado las sanciones de destitución. Los actos públicos que declararon insubsistentes los nombramientos de los trabajadores públicos son actos administrativos de carácter sancionatorio. La Ley 25 creó una causal de destitución, que es la sanción más grave para el trabajador, por la aplicación de un criterio arbitrario, puesto que solamente se requería de la apreciación del "máximo jerarca de cada institución" para aplicar la destitución.

En base a estos hechos la **Corte Interamericana** (entre las diversas violaciones por las que condenó a Panamá) se pronunció sobre el principio de irretroactividad o "lex praevia". Así expresó: "*…es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva*".

"En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión".

"En lo que concierne al principio de legalidad, la Ley 25 sólo contenía un concepto muy amplio e impreciso sobre posibles conductas ilícitas, cuyas características específicas no se establecían puntualmente, y que sólo se caracterizaban bajo el concepto de participación en actos contrarios a la democracia y el orden constitucional. Por lo que hace al principio de irretroactividad desfavorable, en el presente caso la Ley 25 entró en vigencia el 14 de diciembre de 1990 y se aplicó retroactivamente al 4 de los mismos mes y año. Las cartas de despido entregadas a los trabajadores contienen actos administrativos dictados según una ley que no existía al momento de los hechos".

De esta forma vemos como la **CrIDH** se refirió al principio de irretroactividad en materia administrativa, en el contexto de un caso en el cual el Estado Panameño violó el **Art. 9** de la **CADH.** También la **CIDH** ha sido favorable a interpretar el **Art. 9** en el sentido de aplicarlo y hacerlo extensivo por vía de interpretación analógica a otro tipo de situaciones jurídicas. Así en el **Caso Vásquez Vejarano** expresó que: *"… el derecho contemplado en el artículo 9 de la Convención es aplicable a cualquier tipo de procedimiento sancionatorio susceptible de afectar los derechos de la persona, puesto que su fin último es proporcionar seguridad al ser humano, en el sentido de saber qué tipo de comportamiento es lícito y qué tipo no lo es, para prever así las consecuencias jurídicas de sus acciones"*[21].

[21] CIDH, Caso Walter Humberto Vásquez Vejarano v. Perú, Informe de Fondo N° 48/00 del 13 de abril de 2000.

Ahora bien, aunque compartimos en fondo las opiniones emitidas por la **CrIDH** y la **CIDH** en los casos citados, debemos advertir, que nos parece innecesaria la extrapolación por parte de los organismos del **Art. 9** de la **CADH** a la materia disciplinaria administrativa, pues como regla general del **DIDH**, ningún derecho humano puede ser menoscabado mediante la aplicación retroactiva de normas legales, salvo que hayan circunstancias excepcionales de interés público que no concurrían en dichos casos.

El tercero de los principios derivados de este derecho es el relativo a **la retroactividad de la ley penal más favorable,** la **CrIDH** ha dicho que: "*esta norma debe 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 el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos de protección de los derechos humanos".*

"*En este sentido, debe interpretarse como ley penal más favorable tanto aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, ya que la Convención no establece un límite en este sentido"*[22]. En el citado caso la **CrIDH** condenó al Estado por aplicar la norma más favorable a un reo cuatro años después de que ésta entró en vigencia, es decir, que durante cuatro años una persona

[22] CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

estuvo privada de libertad por un hecho que no admitía pena de prisión.

La **CrEDH** ha señalado que el concepto de ley debe ser interpretado para efectos del principio de estricta legalidad en materia penal en la misma manera amplia en que se interpreta en todas las demás materias, entendiéndose normas jurídicas de cualquier rango[23]. Sin embargo, por la naturaleza severísima de las restricciones que se aplican en la justicia penal a nuestro parecer, debe entenderse que los delitos y las penas solo pueden ser creados por una ley formal.

Por último hacemos eco de las palabras de la **CIDH** en el **Caso Vásquez Vejarano** al reconocer la importancia del derecho concerniente al principio de legalidad y de irretroactividad de las leyes, el cual no puede ser suspendido ni siquiera cuando el país se encuentre bajo estado de emergencia, de conformidad con el **Art. 27.2** de la **CADH**[24].

En cuanto a su carácter de garantía no susceptible de suspensión, el principio de legalidad de irretroactividad tiene tanta vigencia en las situaciones de excepción, que el estado de excepción debe ser declarado en estricta legalidad y, conjunto a su declaratoria y los derechos suspendidos, debe también señalarse cuál ha de ser la legalidad extraordinaria a regir durante el estado de excepción.

Este derecho está consagrado también en la **DUDH Art. 11.2**, **CADF Art. 7** y **CEDF Art. 49.**

[23] CrEDH, Case of Coëme and Others v. Belgium, Judgment of July 22 of 2000.
[24] CIDH, Caso Walter Humberto Vásquez Vejarano v. Perú, Informe de Fondo N° 48/00 del 13 de abril de 2000.++

Derecho a Indemnización por Condena Errada

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 10. Derecho a Indemnización** Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.	CEDH Protocolo Nº 7 Artículo 3. Compensación por condena errada Cuando una persona haya sido, por una decisión final, condenada de una ofensa criminal y cuando subsecuentemente su condena haya sido revertida, o haya sido perdonado, con fundamento en que un hecho o descubrimiento nuevo demuestra concluyentemente que ha existido un error de la justicia, la persona que ha sufrido castigo como consecuencia de dicha condena debe ser compensada de acuerda a la ley o la práctica del Estado involucrado, salvo que se pruebe que la no revelación del hecho desconocido al momento es total o parcialmente atribuible a ella.	**PIDCP** Artículo 14 (6) Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

Debemos tener en cuenta las diferencias que existen en el reconocimiento que se da a este derecho en los diferente sistemas de protección, en primer lugar se observa que mientras que en la **CADH** y en el **Protocolo Nº 7** de la **CEDH** se reconoce este derecho como un derecho autónomo, en el **PIDCP** se consagra como un elemento del derecho al debido proceso. Entre dichas fórmulas debemos señalar que nos parece más acertada la concepción del derecho a indemnización por condena errada como derecho autónomo. Este derecho es sustancialmente distinto al derecho al debido proceso, tanto así, que la ausencia de violaciones al debido proceso es uno de los presupuestos

para su aplicación, dado que la obligación de indemnizar de perjuicios causados por una condena dictada en el ámbito de una violación de dicha naturaleza entraría en las esferas comunes de la responsabilidad estatal de reparar por la violación de un derecho humano. El contenido normativo de este derecho consiste en la obligación estatal especial de reparar a una persona por los perjuicios que ha sufrido al ser condenada erradamente, aunque no hayan mediado vicios en el proceso que llevó a la condena.

En segundo lugar vemos que el **PIDCP** y el **Protocolo Nº 7** de la **CEDH** señalan expresamente como causal de excepción a la aplicación del derecho de indemnización el hecho de que el condenado sea en algún grado responsable de que los hechos posteriormente que dieron lugar a la revocación de la condena no hubiesen sido del conocimiento de las autoridades al momento de emitirse la primera condena. La **CADH,** a diferencia de los otros dos tratados, no hace referencia expresa a dicha excepción, sin embargo, consideramos que al no ser lícito, de acuerdo a los principios generales de derecho, que una persona se aproveche de un error al que ella misma ha inducido, esta excepción también es válida en el **SIPDH**.

Por último, de la redacción que se da a este derecho en el **PIDCP** y el **Protocolo Nº 7** de la **CEDH** es evidente que el mismo sólo tiene lugar con relación a condenas penales, en el caso de la **CADH** la redacción pareciera poder dar lugar a una interpretación más amplia, así vemos que en el **Caso Milton García Fajardo y Otros**[1] los peticionarios plantearon ante a la **CIDH** la aplicación del **Art.10** de la **CADH** respecto a una sentencia que resolvía un recurso de amparo relativo al derecho a huelga de un grupo de trabajadores, la **CIDH** en ese caso decidió no aplicar el **Art. 10** al considerar que "*el recurso de*

[1] CIDH, Caso Milton García Fajardo y Otros v. Nicaragua, Informe de Fondo N° 100/01 de 11 de octubre de 2001.

amparo restringió los derechos de los peticionarios pero no constituye una sentencia condenatoria basada en un error judicial, en los términos del artículo 10 de la Convención Americana" esto en principio porque la sentencia violatoria se había producido no por un error sino por una violación al debido proceso. Sin embargo, en ese mismo caso el **Comisionado Dr. Prado Vallejo** disidió de la opinión de sus compañeros respecto a ese punto, pues en su opinión el **Art. 10** de la **CADH** sí era aplicable puesto que se había dado un error judicial, así señaló: "*El error existe cuando por dolo, negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, se dicta una resolución judicial que no se ajusta a la verdad y merece el calificativo de injusta". También se señala que "el error supone un resultado equivocado, no ajustado a la ley, bien porque no se haya aplicado correctamente el derecho, bien porque se hayan establecido hechos que no correspondan con la realidad*"[2]. Como vemos en ese caso la **CIDH** centró la discusión respecto a la aplicabilidad de este derecho en la existencia o no de un error judicial, y no se debatió *per se* la aplicabilidad del mismo por razón del tipo de sentencia.

Pese a lo arriba expuesto y a la redacción abierta de la **CADH**, somos de la opinión que el derecho a indemnización por condena errada por su propia naturaleza **sólo es aplicable en materia de condenas penales** pues como señala el **Juez Greve** de la **CrEDH** este derecho sólo tiene lugar cuando el error de la justicia "*ya ha sido establecido*" [3] es decir, cuando una sentencia que era firme es revocada por la llegada a la luz de nuevos hechos que hacen evidente lo erróneo de la sentencia condenatoria, y así el Estado al reconocer su error queda obligado

---

[2] CIDH, Caso Milton García Fajardo y Otros v. Nicaragua, Informe de Fondo N° 100/01 de 11 de octubre de 2001. Voto Razonado y Parcialmente Disidente del Comisionado Dr. Julio Prado Vallejo.

[3] CrEDH, Case of O. v. Norway, Judgment of February 11 of 2003, Concurring Opinion of Judge Greve. CrEDH, Case of Hammern v. Norway, Judgment of February 11 of 2003, Concurring Opinion of Judge Greve.

internacionalmente a reparar por el mismo. La posibilidad de que esta situación se dé es propia de la materia penal donde la naturaleza de los derechos en juego hace necesario que las sentencias sean revisadas cuando las autoridades tienen conocimiento de hechos nuevos que podrían demostrar su error. No ocurre así en las demás materias donde es la certeza jurídica la que adquiere primacía y las sentencias no admiten la posibilidad de ser revocadas por el advenimiento de nuevos hechos.

Concordamos plenamente con el **Juez Greve** cuando señala que este derecho sólo es aplicable en los casos en que:

a) Una persona ha sido previamente condenada de una ofensa penal
b) La condena ha sido revocada, o la persona ha sido indultada; y
c) Un nuevo descubrimiento demuestra concluyentemente que se ha dado un error de la justicia[4].

Agregaríamos a los requisitos que señala el magistrado, el hecho de que no se hayan dado violaciones al debido proceso, pues de lo contrario, nos encontraríamos ente un ilícito internacional distinto y de mayor gravedad. A la luz de estos requisitos se debe señalar que la invocación de este derecho solo procede respecto de condenas no así respecto a los perjuicios que para una persona puede ocasionar el haber sido sujeto de una investigación penal cuando esta haya sido desestimada o por ser sujeto de un juicio penal cuando este haya concluido en una sentencia absolutoria[5]. De igual manera este derecho no

[4] CrEDH, Case of O. v. Norway, Judgment of February 11 of 2003, Concurring Opinion of Judge Greve. CrEDH, Case of Hammern v. Norway, Judgment of February 11 of 2003, Concurring Opinion of Judge Greve.
[5] CrEDH, Partial Decision As to the Admissibility of Application no. 26601/02 by Sergey Matveyev and Lyubov Matveyeva against Russia

tendría lugar cuando una persona condenada es liberada bajo figuras tales como las leyes de amnistía o los indultos presidenciales, pues tales figuras no tienen la propiedad de constituir reconocimientos de la comisión de errores en la administración de justicia por parte del Estado.

En cuento al alcance del concepto de indemnización para efectos de este derecho, la misma debe ser justa, sin embargo concordamos con la **CrEDH** en que este derecho no garantiza al beneficiario que se le restituirá exactamente en todas las condiciones que tendría de nunca haber sido condenado[6], pues las consecuencias de una interpretación tan amplia podrían ser ampliamente perjudiciales para la administración de justicia. Así, por ejemplo, la **CrEDH** consideró no admisible la solicitud de aplicar este derecho al perjuicio causado a una persona que había sido condenada erradamente por la perdida de una opción de compra de acciones que hubiese podido aprovechar de no haber sido separado de su empleo por la condena.[7]

[6] CrEDH, Partial Decision As to the Admissibility of Application no. 26601/02 by Sergey Matveyev and Lyubov Matveyeva against Russia

[7] CrEDH, Partial Decision As to the Admissibility of Application no. 26601/02 by Sergey Matveyev and Lyubov Matveyeva against Russia

Derecho a la Protección de la Honra y de la Dignidad

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad** 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.	No Reconocido expresamente	**PIDCP** **Artículo 17** 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Debemos mencionar que a pesar de que en la **CADH** y en el **PIDCP** se tutelan los derechos a la honra y dignidad, y a la privacidad y vida privada de manera conjunta en un solo artículo, hemos preferido tratar estos derechos por separado pues nos parece que son verdaderamente autónomos e independientes el uno del otro. Además, en la doctrina general del derecho constitucional estos derechos son tratados por separado. En la **CEDH** no hay referencia expresa al derecho a la honra y dignidad por lo que en el **SEPDH** las acciones que ante los otros sistemas serían examinadas bajo el derecho a la honra y dignidad son enmarcadas como trato degradante, dentro del ámbito del derecho a la integridad personal. Somos de la opinión que el derecho a la honra y dignidad es sustancialmente distinto al derecho a la integridad personal en la medida que se manifiesta como una limitante expresa a la libertad de expresión, manifestación que no es tan inherente al derecho a la integridad personal.

La **Comisión Interamericana** ha considerado que la **violación sexual** cometida por miembros de las fuerzas de seguridad de un Estado contra integrantes de la población civil constituye en todos los casos una grave violación de los derechos humanos protegidos en los **Arts. 5** (integridad personal) y **11** (protección de la honra y dignidad) de la **Convención Americana**, así como de normas de derecho internacional humanitario. Así establecióque: "*Asimismo, los hechos aquí establecidos conforman una violación de la vida privada de las cuatro mujeres y de su familia y un ataque ilegal a su honra o reputación, que las llevó a huir de su comunidad en medio del temor, la vergüenza y humillación*" [1]. En este caso fueron violadas tres hermanas indígenas por militares del ejército mejicano.

Consideramos pertinente señalar que si bien los derechos de los padres respecto a los hijos están protegidos por el **DIDH**, concordamos con la **Corte Europea** en que la práctica de decidir judicialmente cuando hay conflicto entre los padres, o entre éstos y los médicos respecto a las decisiones médicas que pueden afectar la salud de un niño o niña, es una intervención estatal compatible con los derechos humanos[2]. Y agregamos que no sólo dicha práctica no es violatoria, sino que además el proteger la salud, vida e integridad personal de los menores de edad de decisiones negligentes que puedan tomar los padres o quienes ostenten la patria potestad es una obligación positiva del Estado.

En el **Caso Alejandro Piché Cuca** la **CIDH** consideró que el reclutamiento forzoso de la víctima para formar parte del ejército constituía una grave violación a su derecho a la protección de la dignidad humana. Este reclutamiento se daba de manera repentina, secuestran-

[1] CIDH, Caso Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. Méjico, Informe de Fondo 53/01 del 4 de abril de 2001. En este caso se desarrolló *in extenso* el tema de las violaciones sexuales dentro de los conflictos armados, desde el punto de vista del DIDH y del Derechos Internacional Humanitario

[2] CrEDH, Case of Glass v. UK, Judgment of March 9 of 2004.

do a la persona del lugar donde se encontraba en ese momento; y selectiva, porque sólo eran reclutadas personas de la etnia maya-quiché y nunca a jóvenes de origen ladino y de cierta posición social[3].

En cuanto al derecho a la Honra y Dignidad, la **CrIDH**, en su función jurisdiccional, se ha refirió por primera vez en el **Caso Cesti Hurtado,** en ese caso la **Corte Interamericana** estableció que: "*que un proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de una persona*"[4]. Y lo hizo en virtud de que la **Comisión Interamericana** sostuvo que el Estado Peruano violó el derecho al honor en perjuicio de la víctima, al presentarle como reo y tener su culpabilidad como un hecho cierto, aun cuando su condena no fue emitida en el marco de un proceso regular y debido. Además de las actuaciones del Estado, la **CIDH** tomó en cuenta ciertas características personales de la víctima, como su calidad de hombre de negocios, para sustentar la gravedad de la supuesta violación al derecho a la honra y reputación. Nótese que la **CIDH**, por lo general es más progresista y proteccionista en la interpretación de los derechos consagrados en la **Convención Americana**.

Así, en el caso del **General José Francisco Gallardo**[5], la **CIDH** se refirió al derecho a la protección de la honra y dignidad en los siguientes términos: "*De lo expresado anteriormente, la Comisión observa que se encuentra debidamente probado en autos que autoridades del Gobierno mexicano han dado declaraciones y emitido comunicados en los que se culpa al General Gallardo de hechos que no han sido demostrados, por lo que se considera se ha atentado contra su dignidad y su honra, ya que se ha lesionado directamente su fama*

---

[3] CIDH, Caso Alejandro Piché Cuca v. Guatemala, Informe N° 36/93 del 6 de octubre de 1993.

[4] CrIDH, Caso Cesti Hurtado v. Perú, Sentencia de Fondo de 29 de Septiembre de 1999.

[5] CIDH, Caso del General José Francisco Gallardo v. Méjico, Informe de Fondo 43/96 del 15 de octubre de 1996.

y reputación, y más cuando existen decisiones judiciales que lo han declarado absuelto, lo cual demuestra una actitud de hostigamiento público en su contra. Del análisis realizado se concluye que el Estado mexicano ha violado en perjuicio del General Brigadier José Francisco Gallardo Rodríguez el derecho a la dignidad y la honra, el cual se encuentra consagrado en el artículo 11 de la Convención Americana". El hostigamiento público a que hace referencia la **CIDH** en este caso consistía en una campaña para desprestigiarlo y difamarlo a nivel nacional ante todos los miembros del Ejército y ante la opinión pública, mediante la exhibición y distribución de volantes, oficios, cartas y fotografías, declaraciones tendenciosas y falsas en la prensa, radio y televisión.

En el **Caso** de los **Hermanos Gómez Paquiyauri**, uno de los más recientes de la **CrIDH**, los agentes del Estado luego de haber ejecutado extrajudicialmente a las víctimas (ambos menores de edad) por considerarlos presuntos terroristas, se dedicaron a atormentar a su familia, allanándoles la casa, destruyendo muebles y colchones buscando pruebas, estacionando carros en la zona en horas de la noche, los citaban constantemente los estamentos de seguridad, entre otras acciones. En el contexto de este caso la **CrIDH** manifestó que: "*…estás probado que las presuntas víctimas fueron tratadas como terroristas, sometiéndolas a ellas y a su familia al odio, desprecio público, persecución y a la discriminación, por lo cual se ha conformado una violación del artículo 11 de la Convención*".

En el **Caso Loren Laroye Riebe Star**[6] el Estado se dedicó a desprestigiar, frente a la opinión publica nacional e internacional, a un grupo de sacerdotes que desempeñaban su labor pastoral en la zona de Chiapas, acusándolos de diversos actos delictivos como promover la organización de grupos armados y organizar y dirigir a los pobla-

[6] CIDH, Caso Loren Laroye Riebe Star y Otros v. Méjico, Informe de Fondo N° 49/99 del 13 de abril de 1999.

dores para realizar invasiones a fincas particulares, entre otros delitos. Además fueron víctimas de otro tipo de vejámenes como el ser secuestrados por fuerzas de seguridad y expulsados del país de manera sumaria e ilegal. En el **Caso Diana Ortiz** el Estado mantuvo bajo vigilancia a la víctima (una monja católica) y la sometió a un estado de temor constante al enviarle cartas amenazantes a cualquier punto de Guatemala donde ésta se desplazara, violando así el **Art. 11.1** de la **CADH**. Además los agentes del Gobierno atacaron el honor y dignidad de la Hermana Ortiz cuando la secuestraron violentamente y la torturaron, violando así el **Art. 11.2.** Además, sigue añadiendo la **Comisión**: "*Altos funcionarios del Gobierno violaron las disposiciones del artículo 11.1 cuando asaltaron el honor y la reputación de la Hermana Ortiz de manera reiterada y arbitraria, al declarar que sus alegaciones eran una historia preparada, que había montado su propio secuestro y que trabajaba con grupos que tenían como objetivo colocar a Guatemala en una posición difícil. Son especialmente graves las declaraciones de los funcionarios del Gobierno que manifiestan que* ***las heridas de la hermana Ortiz fueron el resultado de una cita amorosa, probablemente de lesbianas****. Esas declaraciones constituyeron una afrenta grave al honor y la reputación de la Hermana Ortiz, basada en gran medida en su labor como monja católica orientada a mejorar las condiciones de vida de grupos indígenas pobres en Guatemala"*[7] (la negrita es nuestra).

Como hemos visto en estos dos últimos casos, casi siempre la violación al derecho a la honra y a la dignidad, cuando es producida por agentes del Gobierno, tiene móviles políticos, atacan a personas cuyo desempeño en la comunidad no les favorece a quienes detentan el poder y ven en ellos una amenaza a su estabilidad y a sus propósitos. Además en ambos casos la **CIDH** ha tomado en cuanta ciertas cualidades personales de las víctimas como su carácter de líderes religiosos.

[7] CIDH, Caso Diana Ortiz v. Guatemala, Informe de Fondo N° 31/96 del 16 de octubre de 1996.

Con relación a los últimos casos que hemos citado consideramos esencial comentar la relación que existe entre el derecho a la honra y dignidad y el derecho a la libertad de expresión que más adelante analizaremos a fondo. En ese sentido debemos determinar que en virtud del **numeral 3** del **artículo 11** de la **CADH** es una obligación estatal crear mecanismos de prevención y sanción que protejan a sus coasociados de las violaciones a su honra y dignidad que podrían hacerle otros particulares, así lo ha reconocido también la **CrEDH** la cual ha sentado que el limite de las acciones que puede tomar el Estado para alcanzar dicho fin es la proporcionalidad del castigo, consideró que sanciones penales de varios años eran excesivas para los fines perseguidos y constituían por el contrario un medio de intimidación que tenía como fin más bien coartar la libertad de expresión que proteger la honra y dignidad[8]. Nosotros compartimos plenamente esa posición y por eso nos sumamos a la posición mayoritaria de los defensores de derechos humanos y sostenemos que figuras como la calumnia y la injuria deben ser despenalizadas, pero de la misma manera dichos actos ser sancionados de manera más eficiente en esferas más adecuadas.

Por último, se hace necesario comentar que un número de Estados Europeos a través de la firma de la **Convención Para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina** (**Convención sobre los Derechos Humanos y Biomedicina o Convención de Oviedo**) y sus Protocolos sobre **Clonación, Transplantes** e **Investigación Biomédica** han pactado compromisos relativos a la llamada **Bioética** y señalado una serie de actividades que consideran contrarias a la dignidad humana.

Referirnos de lleno a los contenidos de esta nueva corriente denominada bioética excedería el objeto y fin de este manual, sin embargo,

[8] CrEDH, Case of Cumpana and Mazare v. Romania, Judgment of December 17 of 2004.

debemos señalar que si bien algunos de estos principios son directamente aplicables al derecho a la honra y dignidad y a otras normas de derechos humanos (como el derecho a la integridad personal y a la salud, y los referentes a la prohibición de remover órganos sin el consentimiento de la persona), otros (como la investigación embrional) no pueden considerarse comprendidos dentro de la protección del derecho a la honra y dignidad como lo entienden los tratados básicos de derechos humanos, por razón de que estas prohibiciones se basan en un concepto abstracto de dignidad de la clase humana distinto del derecho de un individuo a su honra y dignidad que es el tutelado por los tratados básicos de **DIDH** y que requiere de una víctima concreta para su violación**.**

Este derecho aparece consagrado también en la **DADH Art. V**, **DUDH. Art. 12, CADF Art. 5**, y **CEDF Art. 1.**

Derecho a la Privacidad y a la Vida Privada y Familiar

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad** 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.	**CEDH** **Artículo 8. Derecho al respeto de 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 ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.	**PIDCP** **Artículo 17** 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

I- Derecho a la Privacidad y a la Vida Privada

La **Corte Europea** ha desarrollado el alcance del término "home" en la **Convención Europea**, encontrando que el mismo tiene un contenido propio para el derecho internacional el cual es independiente de las consideraciones de derecho interno[1]. Compartimos la opinión de que el derecho internacional de los derechos humanos debe reconocer a las personas el derecho a la privacidad en el lugar donde ha-

[1] CrEDH, Case of Prokopovich v. Rusia, Judgment of November 16 of 2004.

biten y consideraciones tales como la propiedad sobre dicho lugar, la declaratoria del mismo como domicilio legal u otras que puedan surgir del derecho interno no deben ser evaluadas. Sobre este principio de **inviolabilidad del domicilio** el **CDHONU** ha señalado que "*Los cateos o allanamientos del hogar de una persona deben ser restringidos a una búsqueda de la evidencia necesaria y no debe permitírseles convertirse en acoso*"[2].

Uno de los elementos principales del derecho a la privacidad es el derecho a la **inviolabilidad de la correspondencia** el cual al ser interpretado, de acuerdo a los principios generales de interpretación de las normas de **DIDH,** bajo las condiciones actuales, trasciende de ver limitado su ámbito de aplicación al correo físico, concepción clásica del término "correspondencia", para referirse a la inviolabilidad de todas aquellas comunicaciones en que los participantes tengan una expectativa razonable de privacidad. Al respecto nos dice el **CDHONU** que: "*La conformidad con el artículo 17* (del PIDCP) *requiere que la integridad y confidencialidad de la correspondencia deba ser garantizada de jure y de facto. La correspondencia debe ser entregada al correspondido sin intercepción y sin ser abierta o leída de cualquier otra manera. La vigilancia, sea electrónica o de otro tipo, las intercepciones de comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo y los pinchazos y grabaciones de conversaciones deben ser prohibidos*"[3]. Respecto a este derecho la **CrEDH** ha señalado que en la medida de lo compatible con la seguridad y la necesidad de proteger a otros, se debe conceder incluso a los privados de libertad el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia[4]. Lo que además es congruente con las

[2] ONU, Human Rights Committee, General Comment N° 16: Right to privacy, 1988.

[3] ONU, Human Rights Committee, General Comment N° 16: Right to privacy, 1988.

[4] CrEDH, Case of Klyakhin v. Russia, Judgment of November 30 of 2004.

normas de los principales tratados que integran el *corpus iuris* de los derechos de los privados de libertad.

Viendo un caso de nuestro continente la **Comisión Interamericana** en el **Caso X e Y** abordó este derecho debido a que en algunas prisiones de Argentina el personal de seguridad realizaba una inspección vaginal a las mujeres que asistían a visitar a sus familiares detenidos, para asegurarse de que no introdujeran armas o drogas u otras sustancias ilícitas. En ese sentido la **CIDH** manifestó: *"El derecho a la intimidad garantizado por estas disposiciones cobija, además de la protección contra la publicidad, la integridad física y moral de la persona. El objeto del artículo 11, así como la premisa total de la Convención, es esencialmente la protección del individuo contra injerencia arbitraria por parte de funcionarios públicos. El derecho a la intimidad garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo. En este sentido, varias garantías de la Convención que protegen la inviolabilidad de la persona, establecen zonas de intimidad".*

"El artículo 11.2 prohíbe específicamente la interferencia arbitraria o abusiva de ese derecho. La disposición indica que, además de la condición de legalidad, que se debe observar siempre que se imponga una restricción a los derechos consagrados en la Convención, el Estado tiene la obligación especial de prevenir interferencias "arbitrarias o abusivas". La idea de interferencia arbitraria se refiere a elementos de injusticia, imposibilidad de predecir, y falta de razonabilidad que ya tuvo en cuenta la Comisión al encarar los aspectos de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las revisiones e inspecciones".

"Sin embargo, la Comisión quisiera subrayar que este caso representa un aspecto íntimo especial de la vida privada de una mujer y que el procedimiento en cuestión, sea justificable o no su aplicación, puede

provocar sentimientos profundos de angustia y vergüenza en casi todas las personas que se ven sometidas a él"[5].

El **CDHONU** también se ha pronunciado en un sentido similar: "*En lo concerniente a cateos personales y corporales, medidas efectivas deben asegurar que tales cateaos sean llevados de una manera consistente con la dignidad de la persona que está siendo cateada. Las personas que están siendo sujetas a cateos corporales por agentes Estatales, o personal médico actuando a solicitud del Estado, solo deben ser examinadas por personas del mismo sexo*."

La **CIDH**[6] considera a la violación sexual como una contravención del derecho a la vida privada en atención a que la esfera de la sexualidad y la **libertad sexual** de una persona está reconocida por el **DIDH**[7] como parte de la vida privada y por lo tanto objeto de su protección. Bajo ese mismo principio la opción que hace una persona sobre su orientación sexual[8] o sobre realizarse una transformación sexual[9] no pueden ser objeto de ingerencias estatales arbitrarias, aunque las regulaciones comunes impuestas a esta última por motivos médicos o administrativos pueden considerase compatibles con los derechos humanos.

La **Corte Europea** ha establecido que el derecho a escoger libremente una ocupación o profesión forma parte de la vida privada de una persona y por lo tanto ingerencias estatales no justificada en esa esfera son violatorias del derecho que nos encontramos analizando[10].

---

5 CIDH, Caso X e Y v. Argentina, Informe de Fondo 38/96 de 15 de octubre de 1996. En este caso la Comisión prefirió omitir el nombre de las víctimas para proteger su privacidad, en vista de la naturaleza del caso.

6 CIDH, Caso Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. Méjico, Informe de Fondo 53/01 del 4 de abril de 2001.

7 CrEDH, Case of Smith and Grady v. UK, Judgment of July 13 of 2004.

8 CrEDH, Case of S. L. v. Austria, Judgment of January 9 of 2003.

9 CrEDH, Case X, Y, and Z v. UK, Judgment of April 22 of 1997.

10 CrEDH, Case of Sidabras and Dziautas v. Lithuania, Judgment of July 27 of 2004.

Por último, el **CDHONU** se ha referido como elementos esenciales del derecho a la privacidad a la necesidad de regular la recolección y almacenamiento de información y datos de carácter personal: "*La recolección y almacenamiento de información personal, en computadoras, bases de datos y otros dispositivos, sea por autoridades públicas o individuos o cuerpos privados, debe ser regulada por ley. Medidas efectivas deben ser tomadas por los Estados para asegurar que la información concerniente a la vida privada de una persona no llegue a manos de personas que no están autorizadas por ley a recibirla, procesarla y usarla, y que nunca sea usada para propósitos incompatibles con el Pacto*"[11].

De igual manera se ha referido al **derecho de acceso** que toda persona debe tener con respecto a la información relativa a su vida privada que se encuentre almacenada en cualquier base de datos: "*En orden de tener la protección más efectiva de su vida privada, cada individuo debe tener el derecho de comprobar en una forma inteligible, si sus datos personales están almacenados en archivos automáticos de datos, y para qué propósitos. Cada individuo debe también poder conocer qué autoridades públicas o individuos privados controlan o pueden controlar sus archivos*"[12]; y al **derecho de corrección** que tienen las personas sobre la información incorrecta que sobre ellas se haya almacenado: "*Si tales archivos contienen datos personales incorrectos o han sido recopilados o procesados en contravención de las disposiciones de la ley, cada individuo deberá tener el derecho a solicitar la rectificación o eliminación*"[13].

---

[11] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 16: Right to privacy, 1988.

[12] ONU, Human Rights Committee, General Comment N° 16: Right to privacy, 1988.

[13] ONU, Human Rights Committee, General Comment N° 16: Right to privacy, 1988.

II- Privacidad en la Vida Familiar

En el **Caso Pla and Puncernau v. Andorra** la **Corte Europea** afirmó que el término "familia", para efectos de determinar el alcance del derecho a la protección de la vida privada y familiar, debe ser interpretado en el sentido material, es decir valorando las verdaderas relaciones que existan independientemente de los formalismos que el derecho interno de los Estados pueda imponer para acreditar una relación como familiar[14]. El derecho a la privacidad en la vida familiar también abarca los derechos de los padres con respecto a los hijos [15] (Como el de tomar decisiones importantes para su futuro), el derecho de testar y los derechos que nacen de las sucesiones intestadas[16] así como los derechos del niño con respecto a su familia (derecho a adoptar el apellido familiar, derecho a pensión alimenticia entre otros).

Como parte de su función consultiva la **CrIDH** ha tratado este derecho en la **OC-17,** en dicha opinión el Tribunal abordó el tema en relación con el derecho a la familia y los derechos del niño, y mencionó: "*El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño…* " La **Corte Interamericana**, citando a la **Corte Europea** en la referida **Opinión Consultiva**, señaló: "*el contenido esencial de este precepto* (Art. 11 de la CADH) *es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia*" [17].

---

[14] CrEDH, Case of Pla and Puncernau v. Andorra, Judgment of September 27 of 1999.

[15] CrEDH, Case of Glass v. UK, Judgment of March 9 of 2004

[16] CrEDH, Case of Pla and Puncernau v. Andorra, Judgment of September 27 of 1999.

[17] CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos del niño.

La **Corte Europea** es de la posición que la contaminación ambiental ya sea realizada propiamente por el Estado o permitida por éste, dada la falta de regulación adecuada, es una violación directa del derecho a la vida privada familiar. Tiene sentido encontrar como lo ha hecho la **CrEDH** en el **Caso Moreno Gómez v. España** una violación a este derecho en la falta de regulación estatal que permita que en zonas residenciales se realicen actividades comerciales o industriales (en ese caso 127 clubes nocturnos) que generen un ruido de magnitud tal que produzca una perturbación severa a las personas dentro de sus hogares[18] o en el **Caso López Ostra v. España** donde se determinó que el olor producido por desechos tóxicos podía afectar el derecho a la vida privada independientemente del riesgo que estos presentaran para la salud[19]. Sin embargo nos parece más difícil sustentar, como la **Corte Europea** a hecho en otros casos[20], que la simple existencia de contaminación ambiental que pueda generar enfermedades a largo plazo constituya una violación a este derecho, evidentemente en tales casos se ven afectados el derecho a la integridad personal y el derecho a la salud que tienen contenidos propios en el derecho internacional, pero somos de la opinión que no se viola el derecho a la vida privada.

En el **Caso Brüggemann and Scheuten v. the Federal Republic of Germany** la **Comisión Europea** consideró que el embarazo es un estado que sólo concierne a la intimidad de la mujer embarazada y que por lo tanto las interferencias estatales en el mismo constituyen una violación al derecho a la privacidad[21]. No podemos compartir esa posición pues, aunque es cierto como dijo la **Comisión Europea** en ese caso que una política estatal que prohíba todo tipo de abortos incluso los terapéuticos sería violatoria de los derechos humanos, lo

---

[18] CrEDH, Case of Moreno Gómez v. Spain, Judgment of November 16 of 2004.
[19] CrEDH, Case of López Ostra v. Spain, Judgment of December 9 of 1994.
[20] CrEDH, Case of Guerra and Others v. Italy, Judgment of February 19 of 1998.
[21] CEDH, Case of Brüggemann and Scheuten v. The Federal Republic of Germany, Nº 6959/75 Commission´s Report of July 12 of 1977.

sería por poner en riesgo la salud e integridad personal de la madre, no porque regular el aborto constituya una violación *per se*. En ese caso la **Comisión Europea** también desconoció el derecho que tiene el padre del feto a intervenir en la decisión que tome la madre sobre realizar un aborto o no, tampoco podemos concordar con esa posición pues es natural pensar que la situación del feto también es del interés del padre y la propia **Corte Europea** ha reconocido que dentro del derecho a vida familiar se protege el vínculo padre-hijo aunque este nunca se haya materializado o no llegue a hacerlo[22].

Consideramos pertinente señalar que si bien los derechos de los padres respecto a los hijos están protegidos por el **DIDH**, concordamos con la **Corte Europea** en que la práctica de decidir judicialmente cuando hay conflicto entre los padres, o entre estos y los médicos respecto a las decisiones médicas que pueden afectar la salud un niño o niña, es una intervención estatal compatible con los derechos humanos[23]. Y agregamos que no sólo dicha práctica no es violatoria, sino que además el proteger la salud, vida e integridad personal de los menores de edad de decisiones negligentes que puedan tomar los padres o quienes ostenten la patria potestad es una obligación positiva del Estado.

Este derecho está consagrado también en la **DADH Arts. IX y X**, **DUDH. Art. 12** y **CEDF Art. 7**

[22] CrEDH, Case of Pla and Puncernau v. Andorra, Judgment of September 27 of 1999.

[23] CrEDH, Case of Glass v. UK, Judgment of March 9 of 2004.

Derecho a la Libertad de Pensamiento, Conciencia y Religión

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH	**CEDH**	**PIDCP**
Artículo 12. Libertad de Conciencia y Religión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.	**Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.	**Artículo 18.** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Debemos señalar que a diferencia de la mayoría de los documentos internacionales de derechos humanos[1] que tutelan en un solo artículo la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la **CADH** tutela la libertad de conciencia y religión en un artículo y la libertad de pensamiento en otro artículo distinto, junto a la libertad de expresión. Sin embargo al ser intrínseca la relación entre la libertad de pensamiento y la de conciencia y religión y ser la libertad de expresión más bien un derecho instrumental que sirve a los 3 primeros, analizaremos conjuntamente en este apartado la libertad de pensamiento junto a las propiamente tuteladas por este artículo, pues esta es la convención doctrinal, y además comparten los mismos principios básicos.

En este sentido lo que busca el reconocimiento internacional de este derecho es naturalmente reforzar los derechos de asociación (formar comunidades religiosas), expresión (difundir ideas religiosas), e igualdad ante la ley (igualdad entre las religiones), para que estos nunca sean negados en base a la religión de las personas, el reconocer a toda persona el derecho a una protección contra quienes pretendan forzarla a aceptar ideas o creencias con las que no está de acuerdo y además establecer una serie de obligaciones positivas al Estado, las que más adelante detallaremos, las cuales son necesarias en una sociedad pluralista.

Es evidente que la libertad de religión además de su dimensión individual tiene una dimensión colectiva que es de igual o mayor importancia, se manifiesta comúnmente en la formación de comunidades religiosas generalmente lideradas por personas investidas con autoridad religiosa. Estas comunidades en la mayoría de las ocasiones tienen la simple función de entes ritualizadores que organizan la ma-

[1] Como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos y Convención de Derechos del Niño.

nifestación colectiva de las creencias religiosas, sin embargo en otras ocasiones especialmente los casos de las comunidades minoritarias en lugares donde otros grupos son ampliamente dominantes las comunidades religiosas tienen una mayor cohesión y una función social más notable. Los pueblos indígenas de América y los pueblos tribales del resto del mundo se organizan en comunidades que generalmente tienen una dualidad religioso-política.

La **Corte Europea** ha reconocido que es un deber estatal el abstenerse de interferir innecesariamente en la vida y desarrollo de estas comunidades[2], pero seguidamente a tal reconocimiento siempre ha recordado que hay situaciones tales que pueden justificar una intervención estatal o incluso obligarla ya sea para la protección de terceros o la de los propios miembros de la comunidad. La libertad de religión nunca puede ser entendida en un sentido que permita a estas comunidades considerarse por encima de la ley y que el respeto que los miembros de la comunidad tengan hacia su dirigente a quien consideren investido de autoridad divina no puede entenderse de manera tal que les conceda una inmunidad contra acciones legales, aunque la privación de la libertad personal del dirigente u otras medidas que le puedan ser aplicables afecten el desarrollo de la comunidad y puedan ofender a sus miembros. Sobre todo cuando, lamentablemente es común que dichos dirigente abusen de ese respeto en perjuicio de los derechos de los miembros de la comunidad, lo cual suele ocurrir con lamentable frecuencia.

La libertad de pensamiento, conciencia y religión es un derecho pluridimensional que implica los derechos a divulgar la propia religión o pensamiento, a conservar o cambiar dicha religión o pensamiento y a realizar manifestaciones acordes a dichas creencias. Como

[2] CrEDH, Case of Supreme Council of The Muslim Community v. Bulgaria, Judgment of December 16 of 2004.

bien nos explica el **CDHONU** el derecho de conservar o cambiar de religión o pensamiento no admite limitación alguna: "*El Artículo 18* (del PIDCP) *distingue la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencias de la libertad de manifestar la religión o las creencias. No permite ninguna limitación cual sea en la libertad de pensamiento o conciencia o en la libertad de tener o adoptar una religión o pensamiento*"[3].

En vistas a lo anterior, debemos preguntarnos si el proselitismo religioso, es decir la práctica de intentar deliberadamente hacer cambiar de religión a una persona es compatible con los derechos humanos. En ese sentido el **Juez Valticos** de la **Corte Europea** considera que todo proselitismo religioso es contrario a los derechos humanos[4] y que mientras una persona tiene el derecho a exponer a otros sus ideas religiosas no tiene derecho a intentar deliberadamente convertir a otras personas a su religión[5]. No podemos aceptar dicha posición pues bajo la misma lógica debería encontrarse prohibido entonces el proselitismo político, el cual se ha reconocido es necesario en una sociedad democrática[6], e incluso la mera publicidad comercial que tiene como objeto modificar el pensamiento de las personas sobre un producto. Además consideramos que el derecho a convertirse a otra religión no podría ser efectivo si no se permite la emisión de ideas encaminadas a promover conversiones religiosas. De acuerdo al **Juez Roux Rengifo** de la **CrIDH:** "*Hay que tener presente, al respecto,*

---

[3] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 22: Freedom of though, conscience or religion, 1993.

[4] CrEDH, Case of Larissis and Others v. Greece, Judgment of February 24 of 1998, Partly Dissenting Opinion of Judge Valticos, joined by Judge Morenilla. CrEDH, Case of Kokkinakis v. Greece, Judgment of May 25 of 1993, Dissenting Opinion of Judge Valticos.

[5] CrEDH, Case of Kokkinakis v. Greece, Judgment of May 25 of 1993, Dissenting Opinion of Judge Valticos.

[6] CrEDH, Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, Judgments of July 31 of 2001, and February 13 of 2003.

que el artículo 12 de la Convención Americana no se limita a consagrar, en abstracto, la libertad de conservar o cambiar de creencias, sino que protege explícitamente, contra toda restricción o interferencia, el proceso de mudar de religión"[7].

Además no podemos perder de vista que la mayoría de las religiones incluyen entre sus preceptos la obligación de los adeptos de intentar convertir a quienes no lo sean y que quienes practican el proselitismo religioso lo hacen, en principio, considerando que hacen un bien a la persona a quien intentan convertir ya sea tratando de salvarle de un castigo en una vida posterior o tratando de hacer más completa su vida terrenal.

Al respecto el **Juez Roux Rengifo** ha opinado: "*El artículo 12 de la Convención contempla varias hipótesis de violación del derecho a la libertad de conciencia y de religión, entre las cuales se cuenta la que consiste en impedir que alguien cambie de creencias religiosas (numeral 2). Para lograr este último efecto, no es menester que se constriña física o mentalmente a la persona de que se trata a permanecer atada a la confesión que profesa. Esta sería la forma más evidente, pero no la única, de afectar su libertad de conciencia y de religión. El cambio de religión o de creencias suele ser el resultado de un proceso prolongado y complejo, que incluye vacilaciones, cavilaciones y búsquedas. El Estado debe garantizar que cada quien pueda conducir ese proceso, si decide emprenderlo, en una atmósfera de completa libertad y, en particular, que no se le coarte a nadie la posibilidad de acopiar, sin infringir los derechos de los demás, todos los elementos vivenciales y emocionales, conceptuales e informativos o de cualquier otro orden que considere necesarios para optar adecuadamente por el cambio o la*

[7] CrIDH, Caso "La Ultima Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros) v. Chile, Sentencia de Fondo de 5 de febrero de 2001, Voto Razonado del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo.

conservación de su fe. Si el Estado falta, por acción u omisión, a esos deberes, viola el derecho a la libertad de religión y de conciencia" [8].

Más interesante, sin embargo, es para nuestro estudio el contexto que llevó al **Juez Valticos** a emitir las opiniones que comentábamos. El Estado de Grecia en una iniciativa que consideramos loable (independientemente de que a nuestro juicio la mala ejecución de la misma haya dado lugar a violaciones de los derechos humanos), contempló en su legislación penal el delito de "proselitismo inadecuado". No se puede negar que hay ciertas situaciones en las que realizar proselitismo religioso podría no ser adecuado ni ético e incluso considerarse violatorio a los derechos humanos. Por eso, concordamos con la **Corte Europea** en que a los miembros de las fuerzas armadas que se fundamentan en una cadena de mando no se les debe permitir realizar proselitismo religioso con sus inferiores, pues esto constituye un abuso dada su posición de superioridad[9]. Agregamos que debe considerarse una regla general que el proselitismo religioso en abuso de poder es contrario a la libertad de religión, así debe prohibirse al empleador utilizar su posición de superioridad frente a sus empleados para hacer proselitismo religioso, al custodio utilizar para ese fin su posición frente al detenido, de igual manera a los funcionarios públicos que ostenten cargos que les concedan poderes efectivos (tales como presidentes, ministros de Estados, diputados, entre otros) se les debe prohibir el proselitismo religioso en virtud de que tienen una condición especial con respecto a la población en general, por ese motivo consideramos plenamente compatible con los derechos humanos y además necesarias para los mismos las medidas estatales encamina-

[8] CrIDH, Caso "La Ultima Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros v. Chile), Sentencia de Fondo de 5 de febrero de 2001. Voto Razonado del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo.

[9] CrEDH, Case of Larissis and Others v. Greece, Judgment of February 24 of 1998.

das a impedir a los ministros de cultos religiosos acceder a tales tipos de cargos públicos pues sus obligaciones religiosas son incompatibles con la ética que tales cargos exigen.

Una prohibición del proselitismo inadecuado fundada en aspectos objetivos como los arriba mencionados nos parece necesaria en toda sociedad respetuosa de los derechos humanos. Sin embargo la legislación griega a la que estamos haciendo referencia planteaba (al menos en principio) una protección incluso más progresista de los derechos humanos. Es un hecho innegable que hay ciertos grupos religiosos en especial los de corte sectario que aplican técnicas de proselitismo que pueden considerarse inadecuadamente agresivas tales como "atacar" a personas que están en una posición de debilidad y susceptibilidad por razones tales como la soledad, la muerte de un familiar o el padecimiento de una enfermedad, insistir con frecuencia excesiva e incluso mentir (en el plano de la libertad de pensamiento lo mismo podría decirse de las cadenas de mercadeo o estructuras de redes piramidales que utilizan técnicas similares). La legislación en cuestión buscaba ofrecer una protección también contra ese tipo de proselitismo inadecuado que no se describe como tal en base a una situación de superioridad objetiva sino a los elemento subjetivos de la debilidad del "blanco" y el dolo del proselitista, concordamos con la **Corte Europea** (en el plano teórico) en que una prohibición del proselitismo de este tipo no es contraria a la libertad de religión[10]. Pero a dicha conclusión no se llegó sin controversia, en el **Caso Larissis** el **Juez De Meyer** opinó que tal tipo de regulación era violatoria *per se* de la libertad de religión[11], mientras que el **Juez Valticos,** como hemos mencionado, consideró que el no hacerla sería violatorio de ese

[10] CrEDH, Case of Larissis and Others v. Greece, Judgment of February 24 of 1998. CrEDH, Case of Kokkinakis v. Greece, Judgment of May 25 of 1993

[11] CrEDH, Case of Larissis and Others v. Greece, Judgment of February 24 of 1998, Concurring Opinion of Judge De Meyer.

mismo derecho[12]. La opiniones que consideramos más acertada son la emitida del **Juez Martens** en el **Caso Kokkhinakis**[13]**,** quien acepta que el derecho a hacer proselitismo puede ser abusado pero advierte que un peligro mayor está en dejar al arbitrio estatal el decidir cuándo está siendo abusado y el **Juez Repik** en el **Caso Larissis**[14]**,** quien encontró una violación a la libertad de religión en la falta de claridad y especificidad del tipo penal contemplado en la ley griega.

Nuestra opinión es que si bien en el plano teórico resultaría conveniente prohibir dichas conductas, los problemas prácticos de hacerlo son ineludibles, al considerarse este tipo de proselitismo inadecuado en base a consideraciones subjetivas y no objetivas, el rango de arbitrio estatal que estaría quedando para su combate sería inaceptable para los estándares de derechos humanos. De igual manera la gama de conductas que podrían caer bajo la calificación de proselitismo inadecuado lamentablemente hace imposible su tipificación de una manera compatible con los estándares del derecho penal y los principios de legalidad y adecuación de la conducta. La existencia del proselitismo religioso inadecuadamente agresivo (así como la del mercadeo o el proselitismo político igualmente agresivo) será entonces, hasta que alguien pueda idear una formula adecuada para su combate (que no vislumbramos), un mal necesario de toda sociedad respetuosa de los derechos humanos, y solo podrá ser castigada cuando pueda enmarcarse dentro de tipos penales comunes como el acoso, el hostigamiento o la estafa, casos tales en los que el ejercicio de la libertad de religión no podrá interponerse como un eximente.

---

[12] CrEDH, Case of Larissis and Others v. Greece, Judgment of February 24 of 1998, Partly Dissenting Opinion of Judge Valticos, joined by Judge Morenilla. CrEDH, Case of Kokkinakis v. Greece, Judgment of May 25 of 1993, Dissenting Opinion of Judge Valticos.

[13] CrEDH, Case of Kokkinakis v. Greece, Judgment of May 25 of 1993, Partly Dissenting Opinion of Judge Martens.

[14] CrEDH, Case of Larissis and Others v. Greece, Judgment of February 24 of 1998, Partly Dissenting Opinion of Judge Repik.

Además de la obligación negativa de no intervención injustificada y la obligación positiva de protección, así como la libertad de pensamiento, conciencia y religión impone al Estado una obligación positiva de adecuación, pues aunque en principio un Estado no está obligado a adecuar sus costumbres y su legislación para satisfacer a todas las ideas religiosas, filosóficas o culturales que puedan existir dentro de su jurisdicción[15], sí está obligado a tomar medidas para hacerlas lo más adecuadas posibles con el respeto a los derechos humanos y las necesidades de una sociedad pluralista. De manera tal que si bien es inevitable que ciertas costumbres o tradiciones estatales puedan ser contrarias al pensamiento o la religión de un sector de la población y el Estado no está obligado por eso a eliminarlas, sí debe, por lo menos, presentar la flexibilidad necesaria para que quienes no las compartan no se vean obligados a participar en ellas.

En cuanto al a educación religiosa el **CDHONU** ha establecido que: "*… el párrafo 4 del artículo 18*[16] *permite que en las escuelas públicas se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética, siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18*[17]*. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18,*

[15] CrEDH, Case of Efstratiou v. Greece, Judgment of December 18 of 1996. CrEDH, Case of Valsamis v. Greece (1), Judgment of December 18 of 1996. CrEDH, Case of Cha´are Shalom Ve Tsedek v. France, Judgment of June 27 of 2000.

[16] El numeral 4 del Art. 12 de la CADH es idéntico al párrafo 4 del Art. 18 del PIDCP.

[17] El cual también es muy similar al numeral 1 del Art. 12 de la CADH.

a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores"[18].

En ese sentido criticamos la opinión emitida por la mayoría de la **Corte Europea** en los **Casos Efstratiou v. Greece** y **Valsamis v. Greece** en el sentido de que la obligación de una estudiante escolar de participar en una actividad contraria a sus creencias no es violatorio de los derechos humanos, somos de la opinión de que la simple existencia de dicha obligación constituye *per se* una violación independientemente de las consideraciones que el tribunal internacional pueda tener sobre el grado de estrés causado a la niña y como dijeron los **Jueces Thór Vilhjamsson y Jambrek** la violación existe independientemente de la severidad de la sanción por no participar en esa actividad (en ese caso una simple suspensión escolar) [19]. Además no consideramos que es función de un tribunal internacional hacer valoraciones sobre qué actos son contrarios a una religión determinada y cuáles no, pues esto es función de los teólogos de cada religión.

Respecto a esa materia el **CDHONU** nos ha dicho: "*La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto. La observancia y la práctica de*

[18] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 22: Freedom of though, conscience or religion, 1993.

[19] CrEDH, Case of Efstratiou v. Greece , Judgment of December 18 of 1996, Joint Dissenting Opinion of Judges Thór Vilhjálmsson and Jambrek. CrEDH, Case of Valsamis v. Greece (1), Judgment of December 18 of 1996, Joint Dissenting Opinion of Judges Thór Vilhjálmsson and Jambrek.

la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo. Además, la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosas" [20].

A pesar de lo anterior, consideramos como la **Corte Europea** que en ciertos casos va a ser esencial el distinguir entre aquellos actos propiamente religiosos y aquellos que a pesar de tener una connotación religiosa no lo son[21] (como por ejemplo el acto de vender carne kosher que si bien está relacionado con la religión judía, es propiamente un acto de comercio y no uno religioso).

Sobre el alcance del término religión la **CDHONU** nos dice: *"El Art. 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos creencias y religión deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas, o las que representan*

[20] ONU, Human Rights Committee, General Comment 22: Freedom of thought, conscience or religion, 1993.

[21] CrEDH, Case of Cha´are Shalom Ve Tsedek v. France, Judgment of June 27 of 2000.

a minorías religiosas que puedan ser objeto de la hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante" [22].

Si bien tal consideración es válida para las obligaciones Estatales de protección y no intervención injustificada y que a nuestro juicio por religión, para el derecho internacional de los derechos humanos, se puede entender incluso la simple opinión que una persona tenga sobre temas *meta naturales* con independencia de que hayan más personas que la compartan, hay que hacer una aclaración respecto a la obligación de adecuación, dado que el Estado tiene dentro de esta obligación positiva el deber de adaptar, por ejemplo, los reglamentos carcelarios para permitir a los detenidos practicar su religión dentro de lo posible, al igual que los reglamentos militares y los escolares entre otras cosas. El Estado sólo puede cumplir debidamente con tal obligación respecto a las religiones que le son conocidas. Por lo que recomendamos que todo Estado debe crear un procedimiento administrativo de reconocimiento de grupos religiosos mediante el cual cada grupo religioso que cumpla requisitos razonables pueda adquirir el estatus de religión conocida y poder exigir al Estado el deber de adecuación.

Algunos Estados establecen ciertos beneficios fiscales para grupos religiosos y la equiparación entre el matrimonio civil y el realizado en ceremonia religiosa, para estos y otros efectos administrativos o civiles, la **CrEDH** ha reconocido que es compatible con los derechos humanos cierta regulación estatal de las comunidades religiosas[23]. Vista la libertad de religión en conjunto con el derecho de Igualdad ante la

[22] ONU, Human Rights Committee, General Comment 22: Freedom of thought, conscience or religion, 1993.

[23] CrEDH, Case of Agga v. Greece, Jugdment of October 17 of 2002. CrEDH, Case of Serif v. Greece, Judgment of December 14 of 1999. CrEDH, Case of Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova, Judgment of December 13 of 2001.

ley es una obligación estatal el dar igual trato para efectos administrativos y civiles a todos los grupos religiosos, pero al igual que con la obligación de adecuación, esto sólo podrá hacerlo respecto a las religiones que le sean conocidas por lo que para estos efectos reiteramos la creación de un procedimiento administrativo de reconocimiento, en aquellos países que no la tienen.

En el **Caso Olmedo Bustos y Otros** la **Comisión Interamericana** pretendía imputarle al Estado Chileno violación al **Art. 12** de la **CADH**, como consecuencia de haber censurado la película de contenido religioso la "Última Tentación de Cristo".

En este punto de la demanda la **CrIDH** se pronunció de la siguiente manera: *"Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias.* ***Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática****. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias"* (Lo resaltado es nuestro).

En el caso arriba comentado, la **Corte Interamericana** (afortunadamente) se ha separado de la corriente jurisprudencial de la **Corte Europea** que en los casos de las películas "Visions of Ecstasy", en Inglaterra (la que presentaba los éxtasis de Santa Teresa Ávila reconocidos por la religión católica y otras como milagros divinos, como fantasías sexuales que ésta tenía al masturbarse frente a la imagen de Jesús-Cristo considerado Dios por todas las religiones de corte Cristiano); y la película "Das Liebeskonzil", en Austria (la que mostraba

al Dios Padre de los católicos como un viejo senil y a Jesús su hijo como un "niño de mamá") consideró que estaba dentro del margen de apreciación estatal el determinar si estás películas eran ofensivas para la moral de su población y que el respeto a la libertad de religión de la población general es justificación suficiente para establecer una limitante a la libertad de expresión incluso manifestándose ésta en una censura previa por parte del Estado[24]. Reconocemos que las películas de los casos europeos mencionados pueden considerarse más ofensivas que "La Ultima Tentación de Cristo", sin embargo disentimos del criterio mayoritario de la **Corte Europea,** pues consideramos, como los **Jueces Palm, Pekkanen y Makarczyk**, que: "*La Convención no contempla el derecho a la protección de la sensibilidad religiosa. Más particularmente ese derecho no se puede desprender de la libertad de religión la cual en efecto si incluye el derecho a expresar opiniones que sean críticas de las opiniones religiosas de otros*"[25]. Y aunque tal derecho puede desprenderse del derecho a la honra y dignidad, el criterio de que la protección de la sensibilidad religiosa de un grupo mayoritario puede justificar la censura previa carece de validez para nosotros. Y el solo hecho de hacer la evaluación de una limitación a un derecho tan importante como la libertad de expresión en base a consideraciones numéricas de la cantidad de adeptos de una religión nos parece una abierta violación de los derechos humanos.

Cierto es que la mayoría de las religiones tienen símbolos que son asociados con las mismas y mediante los cuales los creyentes expresan su adhesión a determinada creencia religiosa, en ciertos casos el uso de estos símbolos es incluso un precepto religioso de obligatorio

[24] CrEDH, Case of Wingrove v. The United Kingdom, Judgment of November 25 of 1996. CrEDH, Otto-Preminger-Institut v. Austria, Judgment of September 20 of 1994.

[25] CrEDH, Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, Judgment of September 20 of 1994, Dissentig Opinion of Judges Palm, Pekkanen and Makarczyk.

cumplimiento para los creyentes. Uno de los temas más debatidos en el campo de los derechos humanos actualmente es la capacidad estatal para imponer prohibiciones o regulaciones sobre el uso de ese tipo símbolos.

Al respecto el **CDHONU** opina que: "*el párrafo 3 del artículo 18*[26] *debe interpretarse de manera estricta, no se permiten limitaciones por motivos que no estén especificados en él, aun cuando se permitan como limitaciones de otros derechos protegidos por el Pacto, tales como la seguridad nacional. Las limitaciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de la que dependen. No se podrán imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se podrán aplicar de manera discriminatoria. El Comité señala que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición. Las personas que están sometidas a algunas limitaciones legítimas, tales como los presos, siguen disfrutando de sus derechos a manifestar su religión o creencias en la mayor medida que sea compatible con el carácter específico de la limitación"* [27].

Como ya hemos comentado tal regulación se puede considerar perfectamente válida al ser impuesta a funcionarios públicos, miembros de fuerzas armadas, profesores escolares entre otros, para prevención del proselitismo abusivo. Sin embargo más controversial es la

[26] Este párrafo 3 del Art. 18 del PIDCP es idéntico en su redacción al numeral 3 del Art. 12 de la CADH.

[27] ONU, Human Rights Committee, General Comment 22: Freedom of thought, conscience or religion, 1993.

práctica de prohibir en la educación pública la asistencia de alumnos portando símbolos religiosos. Sobre ese asunto encontramos dos supuestos, el primero que haya un estatuto de uniforme obligatorio con el cual el uso de ciertos símbolos religiosos podría no ser compatible y el que el uso de tales símbolos esté propiamente prohibido. En el primer caso consideramos que un estatuto de uniformes obligatorios no puede considerarse violatorio de los derechos humanos pues busca un fin válido que es tratar de prevenir la alienación de estudiantes lo que va en el interés superior de los menores.

Mucho más controversial es el segundo supuesto, respecto al mismo la **CrEDH** se pronunció en el **Caso Leyla Sahin**, en el cual consideró que una prohibición de este tipo (a nivel Universitario donde es incluso más debatible que aplicada a nivel escolar) no es violatoria de los derechos humanos[28]. Si bien comprendemos los motivos que llevaron a la **Corte Europea** a fallar unánimemente de la manera que lo hizo (En Turquía la lucha por conservar el secularismo es mucho más complicada que en la mayoría de los Estados, es un peligro real en ese país que el uso masivo de símbolos religiosos sea utilizado por los grupos fundamentalistas como medio de presión para incomodar a quienes no comparten sus ideas, el uso de símbolos religiosos es además un medio de propaganda para los partidos políticos que apoyan la creación de un Estado teocrático). No se puede negar que el velo musulmán es un símbolo contrario al principio de igualdad entre los sexos. Las relaciones de Turquía con la Comunidad Europea dependen de que el Estado secular sea mantenido y si bien aceptamos que en el caso específico de Turquía tal prohibición puede considerarse necesaria por los motivos expuestos, no podemos dejar de considerar que para los adeptos de religiones que tienen como precepto obligatorio el portar símbolos constituye un estado grave de estrés el que

[28] CrEDH, Leyla Sahin v. Turkey, Judgment of June 29 of 2004.

se les prohíba usarlos, en el caso específico del velo musulmán para la mujer que siempre lo ha usado el obligarla a no usarlo en público puede tener un efecto similar al que tendría obligar a una mujer occidental a desnudarse en público. Por lo que a pesar de que comprendemos las motivaciones del fallo de la **Corte Europea,** y reconocemos que en determinados casos tales prohibiciones pueden ser necesarias, como regla general opinamos que las mismas son violatorias de los derechos humanos.

Otro tema de constante debate es la valoración por parte de los Jueces de Familia de la religión de los padres en procesos de custodia. En el **Caso Hoffman v. Austria** la **CrEDH** encontró que un Tribunal de Familia al valorar en un proceso de custodia los peligros que representaba para un niño el ser educado dentro de la religión de los Testigos de Jehová y el basar su decisión en ese hecho, era una violación de la libertad de religión vista en conjunto con el derecho de igualdad ante la ley[29]. Años después en un caso prácticamente idéntico el mismo tribunal consideró que tal valoración no era violatoria de los derechos humanos pues perseguía el fin legítimo del interés superior del niño[30]. No se puede negar que el impacto que el seguir una u otra religión puede tener en el desarrollo del niño es bastante considerable, ciertas religiones tienen como preceptos el usar determinados símbolos o vestimentas que al distinguir al niño de sus compañeros podrían causar la alineación del mismo, algunas imponen una vida nómada la que no es recomendable para los niños y niñas que generalmente necesitan estabilidad, algunas, como en los casos que ventiló la **CrEDH,** establecen prácticas sectarias y la obligación de realizar proselitismo de puerta en puerta, lo que también puede ser perjudicial para el niño y por supuesto peligros físicos como también se planteó en los casos

[29] CrEDH, Case of Hoffmann v. Austria, Judgment of June 23 of 1993.
[30] CrEDH, Case of Palau-Martínez v. France, Judgment of December 16 of 2003.

mencionados. De plano sería incompatible exigir a los Tribunales de Familia que busquen el interés superior del menor pero que ignoren el efecto que la religión de los padres puede tener en los menores, por lo que consideramos que no es violatorio del **DIDH** que se valoren estos aspectos en los procesos de custodias. Compartimos la opinión del **Juez Walsh**[31] de que uno de los elementos más importantes a considerar es si el niño ha sido educado en una religión distinta y cómo se siente de ser obligado a cambiar de religión, sin embargo no consideramos que ese debe ser considerado como el elemento determinante.

El **numeral 4** del **artículo 12** de la **CADH** tiene dos implicaciones principales la primera, la prohibición para el Estado de imponer en la educación pública la enseñanza de determinada doctrina religiosa (aunque es aceptable y hasta recomendable que la enseñanza pública incluya al menos nociones básicas de religión comparada e historia de las religiones) y la segunda, el derecho de los padres de trasmitir a sus hijos sus propias creencias religiosas y morales. Tal numeral, de acuerdo a la evolución de los derechos humanos, debe ser interpretado en concordancia con la **CDN** la que en su **artículo 14** establece la libertad de religión para los niños, en virtud de lo cual el derecho de los padres no les permite imponer su religión a sus hijos ni negarles el derecho a convertirse a otra religión si lo deseasen. También en el **numeral 2** de su **artículo 2** la **CDN** establece: "*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".* Por lo que una intervención estatal en el uso que los padres o tutores hagan del derecho conferido en el **numeral 4** será válida cuando sea necesaria para

[31] CrEDH, Case of Hoffmann v. Austria, Judgment of June 23 of 1993, Partly Dissenting Opinion of Judge Walsh.

la protección del menor. Estos principios además están reconocidos como parte del derecho a la educación y por lo tanto los trataremos más a fondo en el apartado específico a ese derecho.

En el **Caso Loren Laroye Riebe Star** la **CIDH** encontró culpable al Estado de violar el derecho a la libertad de religión de un grupo de sacerdotes católicos que fueron calumniados, secuestrados y expulsados sumariamente de Méjico. En el caso se llegó a demostrar que estas acciones del Estado en contra de los sacerdotes eran llevadas a cabo con el fin de impedirles desarrollar su labor pastoral, la cual desempeñaban en la zona de Chiapas[32]. En el **Caso Diana Ortiz** la **CIDH** consideró que los ataques del Gobierno contra la Hermana Ortiz habían tenido como objetivo castigarla y truncar sus actividades religiosas como misionera de la iglesia y su labor con los grupos indígenas de la región de Huehuetenango, por lo cual claramente se configuró una violación al derecho a la libertad de religión[33]. Como mencionamos cuando analizamos estos casos en el capítulo anterior de este manual, en ambos los ataques del Estado contra los religiosos tenían una motivación política, quienes detentaban el poder veían un peligro potencial en la labor evangelizadora de los representantes de la iglesia católica.

En cuanto al tema de la **objeción de conciencia** para eximirse de realizar el servicio militar obligatorio, en los países en que existe dicha institución, el **CDHONU** considera que ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u

---

[32] CIDH, Caso Loren Laroye Riebe Star y Otros v. Méjico, Informe de Fondo N° 49/99 del 13 de abril de 1999.

[33] CIDH, Caso Diana Ortiz v. Guatemala, Informe de Fondo N° 31/96 del 16 de octubre de 1996.

otras creencias. Debería existir el derecho a la objeción por motivos de conciencia aunque este no se halle expresamente consagrado como tal ni en la **CADH** ni en el **PIDCP** y el incorporarla a la legislación forma parte del deber de adecuación del Estado.

El **CDHONU** prudentemente ha señalado que: "*El hecho de que una religión se reconozca como religión de Estado o de que se establezca como religión oficial o tradicional, o que sus adeptos representen la mayoría de la población no tendrá como consecuencia ningún menoscabo del disfrute de cualquiera de los derechos consignados en el PIDCP…*"[34].

En cambio, la práctica nos ha demostrado que el hecho de una religión sea reconocida como la oficial, si bien no es violatorio *per se* de los derechos humanos, generalmente sí da pie a que se produzcan situaciones que sí lo son[35], de manera tal que los Estados donde más frecuentemente se dan violaciones a la libertad de religión son aquellos en donde existe una religión oficial. Por lo que una sociedad pluralista respetuosa de los derechos humanos debe abstenerse de reconocer una religión como la oficial o la apoyada por el Estado, e incluso de hacer otras declaraciones que en apariencia podrían ser más inocentes como el reconocimiento de una religión a nivel constitucional como la mayoritaria o la más representativa.

En cuanto a la **libertad de pensamiento**, ésta se manifiesta generalmente en grupos ideológicos de manera similar a como lo hace la

[34] ONU, Human Rights Committee, General Comment 22: Freedom of thought, conscience or religion, 1993.

[35] CrEDH, Case of Agga v. Greece, Judgment of Octuber 17 of 2002. CrEDH, Case of Serif v. Greece, Judgment of December 14 of 1999. CrEDH, Case of Larissis and Others v. Greece, Judgment February 24 of 1998. CrEDH, Case of Efstratiou v. Greece, Judgment of December 18 of 1996. CrEDH, Case of Valsamis v. Greece (1), Judgment of December 18 of 1996.

libertad de religión con las comunidades religiosas, un ejemplo de estos grupos ideológicos son los partidos políticos. La **CrEDH** al estudiar casos relativos a partidos políticos que promuevan la instauración de otro tipo de sociedad distinta a la democrática ha concluido que es una intervención estatal legítima y necesaria en una sociedad democrática el prohibirles su funcionamiento[36]. Al igual que el **Juez Ress**[37] consideramos que a pesar de ser dicha jurisprudencia correcta para la casuística específica, pues tales grupos además de promover tales ideas también promovían otros tipos de ideas contrarias a los derechos humanos (como el odio), la redacción de la misma es peligrosa pues como regla general no se puede decir que el negar promoción de ideas contrarias a la democracia como monarquía, la teocracia, o el comunismo (que es más bien un sistema económico que político) sea legítimo para los derechos humanos. A diferencia de la **CrEDH** consideramos que una sociedad democrática necesita de la difusión de ideas que critiquen, juzguen y pongan en duda a la propia democracia.

Este derecho está consagrado también en la **DADH Art. 13**, **DUDH Art. 18**, **CADF Art.8**, **CEDF Art. 10**

[36] CrEDH, Case Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, Judgments of July 31 of 2001 and February 13 of 2003.

[37] CrEDH, Case of Refah Partisi (The Welfare Party) Judgment of February 13 of 2003, Concurring Opinion of Judge Ress joined by Judge Rozakis.

Derecho a la Libertad de Expresión

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH	**CEDH**	**PIDCP**
Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o	Artículo 10. Libertad de expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende de la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.	**Artículo 19.** 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.		**Artículo 20.** 1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley

La **CrIDH** se refirió a este derecho por primera vez en la **Opinión Consultiva 5** de 1985. Con motivo de esta consulta, elevada por el Estado de Costa Rica, la **Corte Interamericana** sentó los principios básicos de lo que implica el ejercicio de la libertad de expresión, y estableció los criterios que aplicaría en el futuro en el contexto de casos contenciosos**.** Este derecho se relaciona estrechamente con el e derecho a la honra y reputación y con el derecho de rectificación y respuesta recogido en la **CADH**[1]**.**

Para el estudio de este derecho se debe tener presente que el ejercicio de la derecho libertad de expresión no depende de que las in-

[1] Esta ligado a estos dos derecho de manera indisoluble, complementaria, pero también está estrechamente ligado a otros como el derecho de reunión o los derechos políticos, como veremos más adelante.

formaciones que se difundan sean **verdaderas**, no es necesario que lo sean. Por eso la **CrIDH** ha establecido que: "*Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de graves abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad*"[2]. No sólo no se exige el requisito de veracidad para la difusión de una información, sino que inclusive, el ejercicio de esta libertad implica la difusión de informaciones o ideas que "*chocan inquietan u ofenden al Estado o a una facción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática*"[3]. Este criterio ha sido tomado por la **CrIDH** de la jurisprudencia de la **CrEDH**. Recordemos que el **Art. 13** de la **CADH**, es más progresista en su redacción que su análogo en la **Convención Europea,** sin embargo la **Corte Europea** ha sustanciado muchos más casos relativos a este derecho que la **CrIDH,** por lo tanto es lógico que ésta siga muchos de sus criterios.

I- <u>Carácter Bidimensional</u>

Para determinar el ámbito de aplicación de este derecho es fundamental comprender su **doble dimensión**[4]. Como bien ha dicho la

---

2 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

3 CrIDH, Caso Olmedo Bustos "La Última Tentación de Cristo" v. Chile Sentencia de Fondo de 5 de febrero de 2001.

4 Ahora, si bien es cierto que esta fue la primera ves que la CrIDH desarrolló la bidimensionalidad de este derecho, ya la Comisión algunos años antes lo había esbozado en el Capítulo V de su Informe Anual de 1980-81, de la siguiente manera: "*La libertad de expresión es universal y encierra en concepto la facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente considerada, para expresar, transmitir y difundir su pensamiento; paralela y correlativamente, la libertad de informarse también es universal y entraña el derecho colectivo de las personas a recibir la información que los demás les comunican sin interferencias que las distorsionen*".

CrIDH en la **OC-5:** "*En efecto, ésta* (la libertad de expresión) *requiere, por un lado, que nadie ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno".*

En su **dimensión individual:** "*la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas -por cualquier… procedimiento-, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia de régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella"*[5]. Sobre este último punto, referente a los medios de comunicación y a los periodistas nos referiremos con detenimiento más adelante.

En su **dimensión social:** "*la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de*

[5] CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia"[6].

Al comprender el derecho a la libertad de expresión dicha dimensión social (o función social realmente), se ha llegado a plantear que de ésta se desprende también el llamado **derecho de petición de información,** el cual le conferiría a todo individuo el derecho a exigir al Estado que le revele cualquier información que pueda ser considerada de interés social.

El que la libertad de expresión genere para el Estado una obligación positiva de revelar información cuando le sea solicitada ha sido negado por la **CrEDH**[7]. Tal derecho de petición de información doctrinalmente puede enmarcarse dentro de lo que se consideraría un derecho humano básico, pero en el plano positivo sería incorrecto pretender que forma parte de lo que internacionalmente se reconoce como libertad de expresión. Consideramos que es un derecho autónomo, de hecho la **DADH** lo consagra de manera especial en su **Art. XXIV**[8] separado del derecho a la libertad de expresión consagrado en el **Art. IV.**

Sin embargo, sí es un requerimiento de la libertad de expresión que en los procesos de responsabilidad, sea civil, penal o de cualquier tipo en que se procese a una persona por haber ejercido su libertad de expresión en perjuicio del Estado, el Gobierno o algún funcionario público, y la carga de probar la veracidad de lo expresado recaiga so-

---

6 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

7 CrEDH, Case of Gaskin v. UK, Judgrment of July 7 of 1989. CrEDH, Case of Sîrbu and Others v. Moldova, Judgment of June 15 of 2004.

8 Señala este artículo que: *"Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución".*

bre dicha persona, esté el Estado obligado a proporcionar al demandado los medios de prueba que estén en su poder y sean necesarios para probar la veracidad de lo imputado como falso.

II- Relación con la Democracia y los Derechos Políticos

Vemos que existe una relación entre la democracia como forma estructural de la sociedad y la libertad de expresión. La libertad de expresión es uno de los **pilares fundamentales** de la democracia, y al mismo tiempo, sólo la existencia de un régimen auténticamente democrático puede asegurar la vigencia de la libertad de expresión. Es por esto que en determinadas circunstancias el ejercicio de este derecho es esencial para el goce efectivo de los derechos políticos. A este respecto, ha dicho la **CrIDH** que: "*La libertad de expresión es una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad a la hora de ejercer sus opiniones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre*"[9]. Sobre este punto la **CrIDH** ha sido reiterativa en su jurisprudencia, así afirmó en el **Caso Olmedo Bustos**, citando a la **CrEDH,** que: "*La libertad de expresión constituye uno de los fundamento esenciales de tal sociedad* (la democrática), *una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres*"[10].

[9] CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

[10] CrIDH, Caso Olmedo Bustos "La Última Tentación de Cristo" v. Chile, Sentencia de Fondo de 5 de febrero de 2001.

Continuando nuestro examen relativo a la libertad de expresión, en el contexto de informaciones de interés público, tenemos que referirnos a la importancia de la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una campaña electoral. Sobre este punto la **CrIDH** se refirió por primera vez en el **Caso Ricardo Canese**[11] **v. Paraguay,** y estableció que: *"la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participen en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión"*[12]. Y continúa más adelante la **CrIDH**: "*El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e informaciones respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí"*[13]. Es por las razones expuestas, que bajo estas circunstancias la libertad de expresión está estrechamente ligada al ejercicio de los derechos

---

11 Precisamente el mayor aporte de este caso al desarrollo jurisprudencial de este derecho ha sido el de abordar el tema de la importancia de la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una campaña electoral. En los demás puntos, ya tratados en casos anteriores, la CrIDH se limita a reafirmar su posición..

12 CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

13 CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

políticos, y por ello se requiere que se respete la libertad de expresión para que aquellos sean ejercidos de acuerdo con las exigencias de una sociedad democrática.

El reconocimiento del especial papel que juega la libertad de expresión en los procesos electorales permite que se admitan ciertas restricciones adicionales dentro de los mismos para protección de los electores y asegurar una competencia justa. Así la **CrEDH** al analizar la compatibilidad con los derechos humanos de una norma que establecía un tope para el gasto publicitario en que podían incurrir los candidatos encontró que: "*Podría ser necesario, en el periodo precedente o durante una elección, el establecer ciertas restricciones, de un tipo que usualmente no sería aceptable, en la libertad de expresión, a fin de asegurar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección de la legislatura*"[14]**.**

En uno de sus casos más recientes, la **Corte Interamericana,** además de reafirmar los criterios previamente esbozados, y analizar la relación democracia-libertad de expresión en el **Sistema Universal,** en el embrionario **Sistema Africano**, y en el **Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos**, declaró que: "*Existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad*"[15]. En el citado caso la **CrIDH** hizo men-

14 CrEDH, Case of Bowman v. UK, Judgment of February 13 of 1998.
15 CrIDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2002.

ción del **Art. 4** de la **La Carta Democrática Interamericana**[16] que reconoce a la libertad de expresión como uno de los componentes fundamentales del ejercicio de democracia.

III- Restricciones

En cuanto a las posibles **restriccione**s que se pueden imponer al ejercicio de este derecho, tenemos que decir que la **CrIDH** se ha referido a este punto tanto en la **OC-5,** como en todas sus sentencias relativas a libertad de expresión, y hasta hoy mantiene la misma posición que adoptó desde un principio. Este tribunal ha reconocido que: *"la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho…"*[17]. La **CADH,** a diferencia de la **Convención Europea** y el **PIDCP,** contempla una regla de prohibición casi absoluta de la censura previa (con la regulación de los espectáculos públicos como única excepción), es por eso que en la jurisprudencia de la **CrEDH** se ha determinado que la censura previa no es violatoria *per se*[18], pero se ha reconocido que tal medida es de las más restrictivas posibles y por lo tanto el margen de apreciación estatal para su aplicación es pequeño, advirtiendo que la censura previa es especialmente peligrosa en el caso de las noticias pues el retrasar su publicación puede hacerles perder su valor e interés[19]. La **CIDH** nos explica la inclusión de esta prohibición en la **CADH**: "*La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13, es absoluta. Esta prohibición existe*

---

16 OEA, Carta Democrática Interamericana, Adoptada en Lima, Perú el 11 de septiembre de 2001, en el vigésimo octavo periodo extraordinario de sesiones.
17 CrIDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2002.
18 CrEDH, Case of The Sunday Times v. UK, Judgment of April 26 of 1979.
19 CrEDH, Case of Alinak v. Turkey, Judgment of March 29 of 2005.

únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma"[20].

Habiendo hecho esta advertencia pasamos a estudiar el **numeral 2** del **Art. 13** de la **CADH**, por ser éste el más complejo de los últimos cuatro numerales de ese artículo y porque es el que ha merecido mayores pronunciamientos en la jurisprudencia de la **CrIDH**. Este numeral, como hemos dicho, comienza por prohibir la **censura previa,** método restrictivo que solamente se permite en los casos expresamente señalados en el **numeral 4** del **Art. 13.** En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión. Como ejemplos de censura previa podemos mencionar el prohibir la exhibición de una película[21], o impedir la distribución y venta de un libro[22]. Por lo tanto, siguiendo con el **numeral 2** que comentamos, el ejercicio de la libertad de expresión solo puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores.

Las restricciones al derecho a la libertad de expresión deberán cumplir una serie de requisitos, los cuales podemos agrupar en dos grandes grupos, aquellos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan (primer requisito) y de fondo, es decir, aquellos que tienen que ver con la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse (segundo y tercer requisito)[23].

---

20 CIDH, Caso Francisco Martorell v. Chile, Informe Nº 11/96, del 3 de mayo de 1996.

21 CrIDH, Caso Olmedo Bustos "La Última Tentación de Cristo" v. Chile, Sentencia de Fondo de 5 de febrero de 2001.

22 CIDH, Caso Francisco Martorell v. Chile, Informe de Fondo Nº 11/96 del 3 de mayo de 1996.

23 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

Estos tres requisitos necesarios para establecer responsabilidades ulteriores son, **primero**: deben estar expresamente fijadas por la ley**; segundo**: deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública; **tercero**: deben ser necesarias en una sociedad democrática.

En cuanto al **segundo de los requisitos**, éste plantea dos causales legítimas, respecto a la primera, es pertinente referirnos a la posible contraposición entre el **derecho a la honra y reputación** y **la libertad de expresión**. Este tema fue planteado en el **Caso Martorell v. Chile**, sustanciado por la **Comisión Interamericana,** en este caso, la **CIDH** consideró que solamente se puede sujetar el ejercicio a la libertad de expresión al establecimiento de responsabilidades ulteriores, es decir que aun cuando el contenido de un libro, como ocurrió en este caso, pueda ser considerado ofensivo para algunas personas, no se puede prohibir *a priori* su publicación o circulación. En estos casos la ley del Estado en cuestión debe contemplar la posibilidad de que la persona afectada accione los mecanismos legales pertinentes para proteger su honra y dignidad. Es decir, que así se procure que quien emitió la información asuma las responsabilidades ulteriores, pero, para que esto sea así **es necesario que la persona haya ejercido primero su derecho a la libertad de expresión.** En otras palabras no puede censurarse previamente la publicación, debe permitirse que salga a la luz pública y después de ello, si alguien se considera agraviado, entonces, que active los mecanismos legales para procurar su establecimiento de responsabilidad. Esto es así, de acuerdo con los criterios de la **CIDH**, porque de permitirse la censura previa bajo el pretexto de considerar ciertas informaciones atentatorias contra la honra, esto se prestaría a abusos y arbitrariedades de las autoridades[24]. También dijo la **CIDH**

[24] CIDH, Caso Francisco Martorell v. Chile, Informe de Fondo Nº 11/96, del 3 de mayo de 1996.

que: "*El posible conflicto que pudiese suscitarse en la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención, a juicio de la Comisión, puede solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio artículo 13*"[25]. "*La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatuaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante* ***acciones civiles*** *y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. Es este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla*"[26](lo resaltado es nuestro).

A nuestro juicio, la solución del posible conflicto libertad de expresión-derecho a la honra, no es tan sencilla como pudiera parecer o como considera la **CIDH**. Si bien es cierto que de permitirse la censura previa se abriría la puerta a innumerables arbitrariedades, también es cierto que una vez calumniada o difamada una persona, es decir una vez que su honra y reputación ha sido afectada en los medios de comunicación, por más que luego se entablen acciones legales o incluso que se haga uno del derecho de rectificación o respuesta, nunca la reputación de esa persona afectada volverá a su estado original. Como dice un famoso refrán, "*calumnia, que algo queda*". La prohibición absoluta de la censura previa del debate político es una necesidad de la democracia, pero en otros campos de distinta naturaleza al político la censura previa podría ser aceptable e incluso necesaria. Por ejemplo para la protección del consumidor en el campo de la publicidad, para prevenir la violación del secreto industrial, para proteger los secretos de Estado o para prevenir la divulgación de información obtenida ilícitamente.

---

25 CIDH, Caso Francisco Martorell v. Chile, Informe de Fondo Nº 11/96, del 3 de mayo de 1996.

26 CIDH, Informe Anual de 1994, Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto al concepto de **orden público,** también señalado como causal en este segundo requisito, la **CrIDH** ha establecido que: "*el orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público… el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedade en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse*"[27]. En cambio, la **CrIDH** conceptualiza **bien común** como: "*un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana*"[28]. Estos conceptos cuando se utilicen como fundamento para restringir el ejercicio de algún derecho consagrado internacionalmente deben interpretarse de manera restrictiva, teniendo presente siempre las justas exigencias de una sociedad democrática[29].

---

27 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

28 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

29 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

El **tercer requisito** necesario para establecer las responsabilidades ulteriores, habla de que éstas deben ser **necesarias en una sociedad democrática.** La **CrIDH,** siguiendo una vez más la línea de la **CrEDH**, considera que: "***necesarias*** *implica la existencia de una* ***necesidad social imperiosa*** *y que para que una restricción sea necesaria* ***no es suficiente*** *demostrar que sea útil, razonable u oportuna… la necesidad y por ende la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo"*[30] (lo resaltado es nuestro). Además, para cumplir con este requisito de necesidad deberán seguirse algunos criterios comunes aplicables también a la restricción de otros derechos, como por ejemplo que: "*de entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que* ***restrinja en menor escala*** *el derecho protegido…* además que: *la restricción debe ser* ***proporcionada*** *al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo*[31]*, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión"*[32] (lo resaltado es nuestro). La segunda parte de este tercer requisito habla de "una sociedad democrática", no es el propósito de este capítulo desarrollar el término democracia, referimos al lector al capítulo referente a los derechos políticos, aunque ya hemos hecho referencia a este concepto en el segundo apartado de este capítulo.

No podemos perder de vista, como ha dicho la **CrIDH**, que: "*Al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión el Tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el con-*

30 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

31 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

32 CrIDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2002.

texto en los que éstos se presentaron"[33]. Este es un criterio importantísimo para la aplicación del artículo en cuestión porque, de seguirse, implica que se examinarán todas las circunstancias, incluso aquellas que deben ser advertidas para calificar si una posible restricción por parte del Estado se ajusta o no a los requisitos de los estándares internacionales. Recordemos que en términos generales: "*Los artículos 13 (2) y13 (3) reconocen que la zona de intervención legítima del Estado comienza cuando la expresión de una opinión o una idea interfiere directamente con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad"*[34].

La **CrEDH** ha sido aún más clara sobre este punto determinando que: "*Decidiendo acerca de si una –restricción- o –sanción- es reconciliable con la libertad de expresión tal y como es protegida por el artículo 10. El margen doméstico de apreciación va de la mano con la supervisión Europea. Tal supervisión concierne tanto al fin de la medida controvertida como a su necesidad; cubre no solo la legislación básica sino también la decisión en que se aplica, incluso una dada por un tribunal independiente*"[35]. Al ser esta la posición de la **CrEDH** podemos encontrar en su nutrida jurisprudencia sobre libertad de expresión una serie de consideraciones que sirven de guía sobre cómo examinar los casos de responsabilidad por ejercicio de la libertad de expresión de manera compatible con los derechos humanos, las cuales pasamos a enumerar y sintetizar:

1- Se debe siempre distinguir entre las declaraciones de hecho que admiten prueba y los juicios de valor los cuales no son

---

33 CrIDH, Caso Ivcher Bronstein v. Perú, Sentencia de Fondo de 6 de febrero de 2001.

34 CIDH, Informe Anual de 1994, Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana de Derechos Humanos.

35 CrEDH Case of Handyside v. UK, Judgment of December 7 of 1976.

susceptibles de ser probados[36]. El requisito de probar los juicios de valor es *per se* violatorio de la libertad de expresión por ser esto imposible[37]. Sin embargo incluso los juicios de valor pueden llegar en ciertas ocasiones a considerarse excesivos, por ejemplo de carecer totalmente de base fáctica[38].

2- A la hora de evaluar si un escrito constituye ejercicio abusivo se debe estudiar todo el texto del mismo, en lugar de analizar frases con independencia del contexto en que fueron plasmadas[39].

3- Se debe diferenciar entre la opinión personal del escritor de un comentario y las ideas que está discutiendo o reseñando[40].

4- Las editoriales o empresas que se dediquen a la publicación pueden estar sujetas a responsabilidad compartida por lo publicado[41].

5- Al momento de imponer restricciones de la libertad de expresión o determinar responsabilidades se debe atender al impacto que pueda llegar a tener la comunicación pues el impacto potencial es uno de los elementos que determina el nivel de restricciones aceptables[42]. De tal manera se debe diferenciar entre los medios de comunicación masivos (ejemplo los periódicos y la televisión abierta), los medios de comunicación

---

36 CrEDH Case of Lingens v. Austria, Judgment of July 8 of 1986.
37 CrEDH, Case of Jerusalem v. Austria, Judgment of February 27 of 2001.
38 CrEDH, Case of De Haes and Gijsels v. Belgium, Judgment of February 24 of 1997.
39 CrEDH, Case of Sokołowski v. Poland, Judgment of March 29 of 2005.
40 CrEDH, Case of Halis v. Turkey, Judgment of January 11 of 2005.
41 CrEDH, Case of Öztürk v. Turkey, Judgment of September 28 of 1999.
42 CrEDH, Case of Arslan v. Turkey, Judgment of July 8 of 1999. CrEDH, Case of Gerger v. Turkey, Judgment of July 8 of 1999.

no masivos (ejemplo los libros, el cine, la televisión por cable) y las comunicaciones privadas (cartas privadas, discursos en conferencias privadas).

6- Se debe entender que la información que consta en documentos oficiales se presume cierta y por lo tanto no existe obligación de tomar medidas adicionales para comprobar su veracidad por parte de quienes deseen difundir esa información por cualquier medio y de cualquier forma[43].

7- En los casos en que se vaya a imponer responsabilidad ya sea civil o penal por haber proferido un insulto se debe tomar en cuenta la mediación o no de provocación[44].

8- Una vez que la información de interés público que en un momento fue confidencial pasa a ser de conocimiento general (por ejemplo secretos de Estado que sean revelados), sea cual sea la causa, ya no puede ser prohibido el debate público respecto a la misma[45].

9- La simple promoción de un cambio en la legislación o de la separación o independencia de una región dentro del Estado no puede considerarse como una alteración al orden público para efectos de ordenar su censura[46].

10- A la hora de imponer responsabilidad por opiniones emitidas dentro de un debate se debe tomar en cuenta que en el mismo

---

43 CrEDH, Case of Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway, Judgment of May 20 of 1990.

44 CrEDH, Case of Janowski v. Poland, Judgment of January 21 of 1999. Dissenting Opinion of Judge Sir Nicolas Bratza Joined by Judge Rozakis.

45 CrEDH, Case of Weber v. Switzerland, Judgment of May 22 of 1990.

46 CrEDH, Case of Maraşli v. Turkey, Judgment of November 9 of 2004.

hayan participado otros panelistas con opiniones opuestas, lo que disminuye el impacto potencial de la opinión emitida[47].

11- El hecho de que la información objeto de la controversia sea fácilmente obtenible por otras fuentes distintas a la difusión hecha por el demandado puede suprimir la responsabilidad[48].

12- Se debe aplicar el principio de que "el público es inteligente" bajo este principio se reconoce que las personas en general saben distinguir entre las comunicaciones verdaderamente informativas y las otras de carácter artístico, cómico, publicitario, caricaturesco, satírico, libelo-político, entre otras, y saben por lo tanto qué nivel de credibilidad otorgar a la comunicación recibida. De esta manera no puede juzgarse igual la afirmación de un hecho realizada por un periodista en un periódico que goce de credibilidad, que la afirmación del mismo hecho realizada por un comediante dentro de su rutina cómica, pues la probabilidad de causar perjuicio es significativamente menor[49].

13- En los casos en que se acuse a una persona de atribuir a otra un hecho delictivo se debe tomar en cuenta que: "*El grado de precisión para establecer lo bien fundada de un acusación criminal por un tribunal competente difícilmente puede ser comparado con el que debe ser observado por un periodista cuando expresa su opinión en un asunto de interés público, en particular cuando expresa su opinión en la forma de un juicio de valor*"[50].

---

47 CrEDH, Case of Gündüz v. Turkey, Judgment of December 4 of 2003.

48 CrEDH, Case of Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, Judgment of October 29 of 1992.

49 La CrEDH no se ha referido expresamente a este principio pero en sentencias como la del Caso Alinak v. Turkey se puede observar su aplicación.

50 CrEDH, Case of Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria, Judgment of February 26 of 2002.

Aunado a lo anterior, debemos mencionar que la **CrEDH** ha sido reiterativa en recalcar que incluso en los casos donde efectivamente se ha dado un abuso de la libertad de expresión, no cualquier pena, sanción o medida restrictiva es aceptable[51]. Como regla general se debe atender al principio de **proporcionalidad** siempre que se vayan a imponer medidas que restrinjan los derechos humanos. En el caso de la libertad de expresión el principio de proporcionalidad adquiere una importancia adicional para prevenir lo que la **CrEDH** denomina el "chilling effect", pues la aplicación de una medida desproporcionadamente severa trasciende los fines de sancionar el abuso y reparar el daño causado y se convierte en un medio para calmar el debate público cuando este está enardecido sobre un tema o para provocar en otras personas (o en el mismo demandado) un miedo de recibir sanciones similares que las haga temerosas de ejercer su libertad de expresión en el futuro.

No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Los métodos que puede usar el Estado para restringir e impedir la circulación de ideas y opiniones desafortunadamente son inagotables, sólo dependerán de la creatividad y la malicia, por ejemplo, recomendamos al lector echar un vistazo a los **Casos 9642**[52] y **9250**[53] de la **Comisión Interamericana.**

Pese a que ni la **CADH** ni el **PIDCP** reconocen expresamente,

---

51 CrEDH, Case of Cumpănă and Mazăre v. Romania, Judgment of December 17 of 2004. CrEDH, Case of Skałka v. Poland, Judgment of May 27 of 2003.

52 CIDH, Caso 9642 v. Paraguay, Resolución Nº 14/87, de 28 de marzo de 1987. Aquí se aplicaros los medios indirectos para reprimir la difusión de información por un medio radial, Radio Ñanduti.

53 CIDH, Caso 9250 v. Paraguay, Resolución Nº 6/84 de 17 de mayo de 19984. En este caso los medios indirectos se usaron para impedir la difusión de información por un medio impreso, el Diario "ABC Color" de Paraguay.

como sí lo hace la **CEDH,** la facultad estatal de regular mediante un sistema de licencias la comunicación a través de frecuencias radioeléctricas, consideramos que tal medida, siempre y cuando no se abuse, es compatible con los derechos humanos, incluso a la luz de la prohibición estricta de la censura previa contenida en la **CADH**. En primer lugar porque es el Estado el dueño del espacio aéreo a través del cual se realiza la trasmisión de ondas radioeléctricas y en segundo lugar por la obligación estatal de cooperar a mantener el orden de las telecomunicaciones internacionales y hacer cumplir los estándares internacionales de telecomunicaciones (ejemplo el rango de frecuencias reservado para mensajes de emergencia o el que las frecuencias bajo los 300Ghz estén reservadas para trasmisiones de radio) [54].

La **CrEDH** ha advertido que: *"De todos los medios para asegurarse que estos principios sean respetados un monopolio público es el que impone la mayor restricción de la libertad de expresión, léase la total imposibilidad de trasmitir de otra manera distinta a una estación nacional y en algunos casos, de manera muy limitada, a través de una estación local de cable. La dimensión de tal restricción significa que solo puede ser justificada cuando corresponda a una necesidad imperiosa"*[55]. Por otra parte, ha reconocido la **CrEDH** que las regulaciones en esta materia pueden ser impuestas no sólo para la transmisión sino también para la recepción[56], la regulación de la recepción es necesaria para una serie de fines como evitar la piratería de televisión por cable, evitar que las estaciones locales trasmitan desde otros Estados para

---

54 Ver **Convención de la Unión Internacional de Telecomunicaciones adoptada por la Conferencia Adicional Plenipontenciara (Génova 1992) tal y como fue reformada por la Conferencia Plenipotenciaria (Kyoto, 1994).**

55 CrEDH, Case of Informationsverein Lentia and Others v. Austria, Judgment of November 24 of 1993.

56 CrEDH, Case of Autronic Ag v. Switzerland, Judgment of May 22 of 1990. CrEDH, Case of Groppera Radio Ag and Others v. Switzerland, Judgment of March 28 of 1990.

evadir impuestos, entre otros.

En cuento a la **transmisión,** una práctica consuetudinaria que se aplicó por mucho tiempo fue la de limitar la televisión abierta a programación de interés general (es decir variada) de manera que los canales con programación especializada quedaban relegados a la televisión por cable. Esta práctica se aplicó por mucho tiempo dado que las frecuencias disponibles para televisión abierta eran muy limitadas, era razonable entonces ser estricto en el otorgamiento de licencias para usarlas. Desafortunadamente en muchos países, especialmente los europeos, esta práctica al combinarse con otras regulaciones se convirtió en un verdadero bloqueo para limitar la competencia que pudieran tener las televisoras estatales. La **CrEDH** hace notar que a la luz de los desarrollos tecnológicos recientes no se puede justificar una restricción tan limitada del uso de las frecuencias radioeléctricas, sin embargo pueden existir otras causales legítimas, además de las técnicas, para negar una solicitud de licencia de transmisión[57].

IV- Acciones que Atentan Contra la Libertad de Expresión

Las acciones que puedan atentar contra el derecho a la libertad de expresión, pueden ser llevadas a cabo tanto por el **poder público** como por **particulares**. Como ejemplos de las primeras podemos mencionar la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental. También son considerados violatorios de la libertad de expresión actos que directamente atentan contra otros derechos autónomos pero en los cuales se observa que la verdadera intencionalidad del Estado es menoscabar el libre intercambio de ideas[58].

También son violatorias de este derecho las amenazas o intimida-

[57] CrEDH, Case of Demuth v. Switzerland, Judgment of November 5 of 2002.
[58] CrEDH, Case of Piermont v. France, Judgment of April 27 of 1995.

ciones hecha por parte de agentes estatales en represalia por el ejercicio de la libertad de expresión, en el **Caso Wille v. Liechstentein** un Magistrado tras expresar en una charla académica que la Corte Constitucional de su país era competente para juzgar al Príncipe recibió por parte del mismo varias cartas donde le expresaba que de llegar el magistrado a ser postulado para un cargo público en alguna nueva ocasión utilizaría su poder de veto en contra de él, esta actitud del príncipe aunque no implicaba una sanción oficial por parte del Estado fue considerada violatoria de la libertad de expresión por la **CrEDH**[59]**.**

Sin embargo, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, "*cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación se establecen en la práctica medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones*"[60] . Esta última forma de controlar y manipular la libertad de expresión es la más común, y la más perniciosa porque limita la emisión de información, y la enfoca en aquellos puntos que interesan y convienen a quienes detentan el control legal de los medios de comunicación. Esto convierte a los medios de comunicación en uno de los poderes determinantes de nuestra sociedad, de ahí lo peligroso que puede tornarse cuando son controlados por personas cuyos intereses son opuestos a los de la colectividad.

V- La Libertad de Expresión Según los Sujetos

En el ámbito de aplicación de la libertad de expresión se reconocen que existen ciertos tipos de libertades de expresión privilegiadas que pasamos ha analizar:

---

59 CrEDH, Case of Wille v. Liechtenstein, Judgment of October 28 of 1999.

60 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

A. Libertad de Prensa

El papel de los **medios de comunicación** y de los **periodistas** en el escenario del ejercicio de la libertad de expresión exige un cuidado especial y una mayor restricción de los poderes estatales al momento de aplicar medidas que menoscaben su libertad de expresión. La **CrIDH** ha dicho que: "*Son los medios de comunicación social los que sirven de vehículos para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, -inter alia-, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas*"[61]. Por su parte la **CrEDH** observa que la prensa tiene una función de "public watchdog" por lo que tiene derecho a reportar sobre los temas de interés público[62]. El concepto de temas de interés público no se limita al debate político o las discusiones relacionadas con la administración del Estado, sino que abarca una amplia gama de temas como la economía, el medio ambiente, situaciones internacionales, entre otras.

La **Corte Interamericana** referente a la figura de los **periodistas**, ha afirmado que:"*El periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano*"[63].

---

61 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

62 CrEDH, Case of Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, Judgment of June 25 of 1992.

63 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

La **Corte Interamericana** se ha referido a la protección de que de deben gozar los periodistas por razón de la naturaleza de su profesión[64], esta protección e independencia se justifican precisamente porque el ejercicio de la libertad de expresión implica el manejo de información cuya difusión no conviene a ciertos grupos de poder, pero que es necesario que la sociedad conozca[65]. La **CIDH** en su **Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en México** de 1998 estableció que: *"Las agresiones cometidas en contra de los periodistas tienen precisamente el objetivo de silenciarlos, por lo que constituyen igualmente violaciones al derecho que tiene una sociedad a acceder libremente a la información. Una prensa independiente y crítica constituye un elemento fundamental para la vigencia de las demás libertades que integran el sistema democrático y el Estado de Derecho"*[66]. La **CIDH**, ha dicho en los **Casos Héctor Félix Miranda**

---

64 La CrIDH, en su Opinión Consultiva 5 ha definido al periodista profesional como: *"una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado".*

65 Comentaba el abogado Eduardo Andrés Bertoni (cuando aún no era Relator para la Libertad de Expresión de la CIDH) que, históricamente han sido dos los mecanismos más utilizados por los distintos gobiernos para callar la libertad de expresión de los periodistas. Por un lado, la directa eliminación física de quien pretende expresar sus críticas al poder o a algún sector del poder, ésta ha sido una constante en muchos países de Latinoamérica, sobre todo en la época de los regímenes dictatoriales. Por otro lado, la segunda herramienta de la que hace uso el gobierno, más apropiada de las supuestas democracias, es el "acoso judicial". Esta práctica consiste, en el constante hostigamiento que reciben los periodistas mediante acciones judiciales, ya sea de índole criminal o civil, que provocan lo que algunos denominan el efecto del paralizamiento: antes de criticar, y ante la posibilidad cierta que se inicie una demanda, se opta directamente por callar. -CEJIL, Gaceta Nº 14 del 2001, Notas de Opinión- .

66 CIDH, Informe de País de México de 1998, Capítulo X: El derecho a la libertad de expresión. De acuerdo con este informe: *"México ocupa uno de los primeros lugares en América Latina en cuanto a denuncias sobre agresiones contra miembros de la prensa. En efecto, la Comisión ha sido informada de que durante el presente sexenio presidencial, en México se han constatado 428 hechos caracterizados como supuestas violaciones en contra de la libertad de expresión y de información, entre las cuales se destacan 11 asesinatos, 89 agresiones físicas, 67 amenazas, 57 intimidaciones y 14 secuestros".* Este ejemplo lo citamos para tener una idea del panorama que durante muchos años se vivió y aún se vive, quizás en menor grado, en América Latina.

y **Víctor Manuel Oropeza,** ambos casos contra México, que: "*La renuncia de un Estado a la investigación completa del asesinato de un periodista resulta especialmente grave por el impacto que tiene sobre la sociedad. Igualmente, este tipo de crimen tiene un efecto amedrentador sobre otros periodistas, pero también sobre cualquier ciudadano, pues genera el miedo de denunciar los atropellos, abusos e lícitos de todo tipo... Igualmente, la CIDH concluye que el homicidio del periodista constituye una agresión contra todo ciudadano con vocación de denunciar arbitrariedades y abusos a la sociedad, agravada por la impunidad de uno o más autores intelectuales*"[67]. Lo que, como mencionábamos anteriormente, la **Corte Europea** denominaba "Chlilling Effect".

Este criterio se reafirma en el **Caso Ivcher Bronstein,** cuando a criterio de la **CrIDH**: "*es fundamental que los periodistas que laboran en dichos medios* (los medios de comunicación social) *gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad*"[68]. En este afán de proteger a los periodistas, puede concebirse también, de acuerdo al **Juez Pedro Nikken**: "*un estatuto de rango legal que proteja a quienes efectivamente ejercen el periodismo frente a eventuales disposiciones indignas de sus empleadores, sin necesidad de recurrir a un régimen de colegiación que proteja a los inscritos en el Colegio…*"[69]. Es decir, que no sea la colegiación el único medio con que cuentan los periodistas para protegerse de la influencia o el poder

---

67 CIDH, Caso Héctor Félix Miranda v. México, Informe de Fondo Nº 50/99 del 13 de abril de 1999. CIDH, Caso Víctor Manual Oropeza v. México, Informe de Fondo Nº 130/99 del 19 de noviembre de 1999.

68 CrIDH, Caso Ivcher Bronstein v. Perú, Sentencia de Fondo de 6 de febrero de 2001.

69 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas, Declaración del Juez Pedro Nikken.

de manipulación que ejerzan sobre ellos sus jefes o los dueños de los medios de comunicación donde laboren, sino que la ley disponga otros mecanismos que amparen su independencia.

La protección especial que se confiera a la libertad de expresión de los periodistas incluye el derecho a realizar entrevistas sin temor a ser responsabilizados por las opiniones emitidas por los entrevistados y sin la obligación de expresamente declarar su no aprobación de las mismas, así advierten los **Jueces Rozakis, Türmen, Strážnická, Bîrsan, Casadevall, Zupančič, Maruste and Hajiyev:** "*En el reportaje de noticias basadas en entrevistas, una distinción también debe hacerse sobre si las declaraciones emanan del periodista o si son una acotación de otros, pues sancionar a un periodista por asistir en la difusión de declaraciones hechas por otras personas en una entrevista lesionaría seriamente la contribución de la prensa a la discusión de temas de interés publico y no debe ser considerado al menos que haya una razón particularmente fuerte para hacerlo. Más allá, un requisito general de que los periodistas sistemática y formalmente se distancien del contenido de la acotación que pueda insultar o provocar a otros, o dañar su reputación no es reconciliable con la función de la prensa de proveer información sobre los eventos, opiniones e ideas de actualidad*"[70]. El exigir que los periodistas declaren su no aprobación cuando difunden ideas pronunciadas por otras personas que puedan ser ofensivas o causar daño no es compatible con su profesión, ya que para poder obtener entrevistas requieren dar una imagen de objetividad, pues difícilmente las concederían las personas entrevistadas sabiendo que los periodistas van luego a criticar las ideas emitidas en la mismas. De no poder obtener los periodistas entrevistas de personas con opiniones controversiales se vería lesionado el derecho de la comunidad a

[70] CrEDH, Case of Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, Judgment of December 17 of 2004, Joint Partially Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Türmen, Strážnická, Bîrsan, Casadevall, Zupančič, Maruste and Hajiyev.

recibir información. Agregamos que en el caso de entrevistas grabadas en vivo, sería incluso permitido que el periodista muestre cierta simpatía con las ideas del entrevistado para que éste se relaje y continúe el debate.

Otro de los derechos especiales que forman parte de la llamada **libertad de prensa,** es el derecho a la **reserva de las de las fuentes**[71]**.** A la luz de tal derecho es contrario a la libertad de expresión el pretender forzar ya sea judicial o extra-judicialmente a un periodista para que revele la fuente que le ha proporcionado cualquier tipo de información que éste haya divulgado. "*Sin tal protección, las fuentes se verían disuadidas de asistir a la prensa en informar al público de los asuntos de interés público. Como resultado el papel vital de la prensa como public-watchdog se vería minado y la habilidad de la prensa para proveer información certera y confiable se vería adversamente afectada*"[72]. La **CrEDH** ha agregado que este derecho no se viola sólo cuando son usadas medidas directas como compeler judicialmente o forzar materialmente al periodista a revelar la fuente, sino que también puede ser violado con medidas indirectas como hacer una inspección en el hogar del periodista en búsqueda de indicios sobre la identidad de la fuente[73].

Así como la **libertad de prensa** confiere a los periodistas derechos especiales, también se derivan de la misma **responsabilidades especiales**. Es precisamente por lo delicado de su trabajo y por las implicaciones que un mal uso de la libertad de expresión y de su poder,

---

71 Declaración de Chapultepec, Adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México D.F. el 11 de marzo de 1994, (Principio 6). Principios de Lima, Adoptados el 16 de noviembre del 2000, (Principio 3).

72 CrEDH, Case of Goodwin v. U.K, Judgment of March 27 of 1996.

73 CrEDH, Case of Roemen and Schmit v. Luxembourg, Judgment of February 25 of 2003.

que los periodistas deben actuar siempre de conformidad con sólidos principios éticos y con sentido de humanidad. A este respecto el **Juez Máximo Cisneros** ha dicho que: "*Si hay una profesión que requiere de un Código de Ética profesional y de una celosa y efectiva aplicación del mismo, es sin lugar a dudas la de periodista, con una preeminencia sobre cualquier otra profesión, porque en razón de su actividad que se ejerce a través de los medios de difusión social, es decir, con el enorme poder que ello significa como factor determinante en la formación de la opinión pública, los excesos que se puedan cometer en su ejercicio, afectan en forma muy grave a los demás miembros de la sociedad, en valores tan importantes como la honra y la dignidad de las personas*"[74]. Esto es válido no solamente para los periodistas, sino también para los medios de comunicación en general, los cuales deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan[75]. Así la **CrEDH** al referirse al principio de que el ejercicio de la libertad de expresión conlleva ciertas responsabilidades señaló: "*Esto es particularmente cierto con relación a personas que llevan a cabo una actividad profesional, quienes están acostumbradas a tener que proceder con un alto grado de precausión cuando practican su ocupación. En este aspecto se puede esperar de ellos un especial cuidado en evaluar los riesgos que tal actividad conlleva*"[76].

B. Libertad de Expresión Parlamentaria

Los órganos a los cuales, según los distintos Estados, les es otorgada la función legislativa generalmente poseen características similares, como ser cuerpos colegiados donde todos sus miembros gozan de igual jerarquía, a diferencia de otros estamentos estatales, en el

---

74 CrIDH, Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas, Declaración del Juez Máximo Cisneros.

75 CrIDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de Julio de 2002.

76 CrEDH, Case of Chauvy and Others v. France, Judgment of June 29 of 2004.

caso de los parlamentos la teoría democrática exhorta a que dentro de los mismos se dé el debate político y el choque de ideas. Además en la mayoría de los sistemas políticos los parlamentos se convierten en el más representativo de los estamentos estatales y en ocasiones el único donde la voluntad política minoritaria se ve representada. Por estas razones es un principio aplicado en la gran mayoría de los Estados democráticos que los representantes parlamentarios gocen de una inmunidad especial que les asegure poder expresar libremente su opinión política sin temor a represalias civiles o penales[77].

La legitimidad de otorgar a los parlamentarios inmunidades especiales ha sido reconocida por la **CrEDH** la cual ha expresado que: "*Mientras la libertad de expresión es importante para todos, lo es especialmente para un representante electo del pueblo. Este representa su electorado, llama la atención hacia sus preocupaciones y defiende sus intereses*"[78]. El respeto de dicha inmunidad adquiere adicional importancia en el caso de los paralamentarios que representan partidos de oposición por la posición de desventaja política en la que se encuentran, la **CrEDH** ha establecido al respecto que: "*interferencias con la libertad de expresión de un miembro de oposición del parlamento, como el peticionario, llama al mayor escrutinio*"[79].

La concepción original del privilegio parlamentario era que éste sólo abarcaba los debates políticos que tomaban lugar en el edificio físico que alojaba al órgano, quedando fuera de su protección las expresiones que los miembros hicieran fuera de dicho lugar. Ante la evolución de la sociedad en la que la función de estos funcionarios ha adquirido una dimensión mediática que trasciende las paredes del

---

77 CrEDH, Case of A. v. The United Kingdom, Judgment of December 17 of 2002.. CrEDH. Case of Sadak v. Turkey, Judgment of April 8 of 2004.

78 CrEDH, Case of Castells v. Spain, Judgment of April 23 of 1992.

79 CrEDH, Case of Castells v. Spain, Judgment of April 23 of 1992.

parlamento físico, se debe aceptar que la inmunidad proteja todo debate político sea que se dé dentro o fuera del edificio sede. Debemos advertir, sin embargo, que tal tipo de privilegios deben buscar el bien del parlamento como institución, así como de su funcionamiento, y no proteger los intereses individuales de los miembros[80], se hace incompatible con los derechos humanos otorgar privilegios excesivos que no puedan justificarse en los requerimientos del correcto desempeño del cargo.

C. Libertad de Expresión de los Abogados

Se reconoce para los abogados una libertad de expresión privilegiada que es necesaria para el correcto ejercicio de su función dentro de la administración de justicia. **El Principio 20** de los **Principios de las Naciones Unidas Sobre el Papel de los Abogados**[81] establece: *"Los abogados deben gozar de inmunidad civil y penal por las declaraciones relevantes hechas de buena fe en sus solicitudes escritas u orales o en sus apariciones profesionales ante una corte, tribunal, u otra autoridad legal o administrativa".*

---

80 CrEDH, Case of A. v. The United Kingdom, Judgment of December 17 of 2002. CrEDH, Case of Cordova v. Italy (No. 1), Judgment of January 30 of 2003.

81 ONU, Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) de 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Este interesante instrumento de carácter declarativo, además de reiterar el deber del Estado de suministrar asistencia letrada y los medios necesarios para asegurar la defensa adecuada de los procesados penalmente, también aborda otros temas interesantes como por ejemplo: ciertas funciones sociales de las asociaciones profesionales de abogados, el deber de los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados de velar por la debida formación y preparación académica y ética de los abogados, las obligaciones de los abogados para con sus clientes, las garantías necesarias para el ejercicio de la profesión, los códigos de conducta que deben regir la profesión y la posibilidad de reclamaciones y quejas contra los abogados.

Este privilegio se concede en función de que la correcta administración de justicia exige que los abogados puedan defender a su cliente sin temor a represalias. Aporta la **CrEDH** que la violación de la libertad de expresión de un abogado también podría representar una violación al debido proceso de su cliente[82]. Bajo este principio se ven excluidos los abogados actuando en los foros reconocidos para la administración de justicia de las acciones comunes civiles o penales o de cualquier tipo que puedan existir en un Estado contra el abuso de la libertad de expresión, quedando sólo sujetos a los poderes disciplinarios que pueda tener el órgano rector de la profesión de la abogacía (generalmente una barra o colegio de abogados) y a las sanciones que pueda aplicar el funcionario administrador de justicia dentro de los poderes que la ley le otorga para dirigir el debate en el foro que preside, aunque incluso estos dos tipos de medidas pueden llegar a constituir una violación de la libertad de expresión de usarse abusiva o desproporcionadamente.

Al igual que ocurría en el caso de la inmunidad parlamentaria, la concepción inicial de este principio era que el mismo protegía sólo a los abogados cuando formalmente estaban representando los intereses de su cliente ante la autoridad. En la actualidad sabemos que la administración de justicia en ciertos casos adquiere una dimensión mediática y el abogado se ve en la necesidad de defender los intereses de su cliente no sólo ante la autoridad, sino también ante la opinión pública por lo que creemos que este criterio debe extenderse a los casos en que el abogado materialmente representa a su cliente y no sólo cuando formalmente lo hace.

Paralelamente a este privilegio especial también se imponía a los abogados responsabilidades especiales. Al concebirse los abogados **como auxiliares de la administración de justicia** se establecen en

[82] CrEDH, Case of Nikula v. Finland, Judgment of March 21 of 2002.

muchos Estados normas disciplinarias especiales de la profesión de la abogacía que prohíben que un abogado tome acciones que vayan en detrimento del respeto o la credibilidad del órgano que regula el poder judicial del Estado en cuestión. La **CrEDH** ha reconocido la legitimidad del fin perseguido por este tipo de normas y también ha reconocido el derecho del público a recibir información por parte de los profesionales del derecho acerca los temas relativos a la administración de justicia, por lo que recomienda que se busque un balance[83]. Por su conocimiento especial sobre la materia los abogados están en una mejor posición de realizar la labor de "public watchdog" con respecto a los temas relativos a la administración de justicia e incluso la ética de su profesión los llama a hacerlo. Y Como en todos los casos, al final es el público quien se beneficia al poder recibir información relevante de parte de los conocedores de la materia. Este punto es tratado por **El Principio 23 de los Principios de las Naciones Unidas sobre el Papel de los Abogados**: "*Los abogados como los demás ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión, credo, asociación y reunión.* ***En particular, deben tener el derecho de tomar parte en el debate público de asuntos que conciernan la ley, la administración de justicia*** *y la promoción y protección de los derechos humanos y de unirse o formar, organizaciones locales, nacionales o internacionales y de asistir a sus reuniones sin sufrir restricciones profesionales por razón de su actividad legítima o de su membresía en una organización legítima. En el ejercicio de estos derechos, los abogados se deben conducir siempre de acuerdo a la ley y la ética y los estándares reconocidos de la profesión legal*" (lo resaltado es nuestro).

Así como existen grupos con libertad de expresión privilegiada existen grupos respecto a los cuales se aplican **limitaciones especiales** a la libertad de expresión, los que pasaremos a comentar:

---

[83] CrEDH, Case of Steur v. The Netherlands, Judgment of October 28 of 2003. CrEDH, Case of Schöpfer v. Switzerland, Judgment of May 20 of 1998. CrEDH, Case of Amihalachioaie v. Moldova, Judgment of April 20 of 2004.

D. Los Miembros de las Fuerzas Armadas

Los miembros de las fuerzas armadas están sujetos a restricciones especiales a la libertad de expresión por dos razones, primero porque en ocasiones pueden convertirse en portadores de los **secretos de Estado** y segundo que el correcto funcionamiento de una estructura militar requiere una **disciplina especial** por parte de sus miembros en función de la cual podrían admitirse restricciones adicionales a la libertad de expresión.

La **CIDH** al referirse a la legitimidad de estas restricciones especiales ha reconocido que *"pueden establecerse límites razonables a la libertad de expresión en relación a los funcionarios al servicio de las fuerzas armadas en el marco de una sociedad democrática"*[84]. Por su parte la **CrEDH** ha señalado que la libertad de *expresión "No se acaba en las puertas de las barracas del ejercito. Se aplica al personal militar como a todas las otras personas dentro de la jurisdicción de los Estados Partes. Sin embargo, como la Corte ya ha indicado previamente, debe quedar abierta al Estado la posibilidad de imponer restricciones a la libertad de expresión donde exista una verdadera amenaza a la disciplina militar, ya que el adecuado funcionamiento de un ejército es difícil de imaginar sin reglas designadas para prevenir que los miembros la minen"*[85].

Esta restricción, como todas, debe usarse en la medida que sea necesaria y no debe entenderse en el sentido que niegue la posibilidad a los miembros de denunciar violaciones a los derechos humanos que hayan sido realizadas por los ejércitos ni que les prohíba discutir disciplinadamente los temas que afectan a los miembros o elevar protestas respetuosas a los superiores.

---

84 CIDH, Caso Rodolfo Robles Espinosa e Hijos v. Perú, Informe de Fondo Nº 20/99 del 23 de febrero de 1999.

85 CrEDH, Case of Grigoriades v. Greece, Judgment of November 27 of 1997.

E. Otros Funcionarios Públicos

Dentro de las restricciones especiales que se aplican a la libertad de expresión de los funcionarios públicos debemos distinguir dos grupos, las que se aplican a los funcionarios con poder de dirección o con funciones de ejecución en virtud del vínculo especial de lealtad que el gobierno o el Estado requieren de ellos y las que se aplican a ciertos funcionarios para preservar la apariencia de objetivad que su cargo requiere.

Las primeras se fundamentan en el derecho del gobierno de exigir a sus integrantes un compromiso con su plan de gobierno y en el principio de que los funcionarios públicos deben obediencia a la Constitución. De tal manera que no se concibe, por ejemplo, dentro de un gobierno cuyo plan de desarrollo económico es capitalista un Ministro de Economía que abogue por un plan comunista, o dentro de un Estado que constitucionalmente se declara democrático un Magistrado de Tribunal Electoral que abogue por la instauración de un sistema oligárquico de gobierno, como tampoco lo sería un fiscal que defienda la filosofía anárquica. Por esas razones se reconoce el poder del Estado de sancionar con destitución al funcionario que se exprese de manera tal que indique no tener lealtad con los principios que por su cargo está obligado a proteger. La **CrEDH** ha hecho notar que esta restricción especial no se puede extender a todos los funcionarios[86], es imposible dictar una regla general respecto a quiénes les sería aplicable dada la diversidad de figuras y cargos que existen en los distintos sistemas políticos, la aplicabilidad o no de las restricciones deberá verse en cada caso específico en atención al rango y funciones del afectado.

[86] CrEDH, Case of Vogt v. Germany, Judgment of September 26 of 1995.

En cuanto al segundo grupo, se reconoce que ciertos cargos públicos requieren no sólo que quienes los ocupen sean objetivos e imparciales en sus funciones sino además que aparenten serlo, esto porque la democracia exige que los ciudadanos sientan confianza en quienes les gobiernan. Por tal razón se admiten restricciones que impidan que agentes estatales tales como los miembros de la policía, los fiscales o los jueces manifestar ideas tales como las preferencias políticas que podrían dar la impresión de ausencia de imparcialidad[87].

F. Obligación Profesional de Guardar Confidencialidad

Existen ciertas profesiones que exigen a quienes las practican la obligación de guardar en secreto la información que hayan recibido en confidencialidad por parte de sus clientes lo que se constituye en una limitación a la libertad de expresión de estos profesionales. En varios casos la aplicación de estas obligaciones especiales tiene su justificación precisamente en la protección de los derechos humanos, por ejemplo la obligación de confidencialidad médica se justifica en el derecho a la privacidad de los pacientes y la de los abogados en el derecho al debido proceso de los clientes. Este tipo de limitaciones especiales a la libertad de expresión han sido consideradas como legítimas por parte de la **CrEDH**[88].

VI- La Libertad de Expresión Según la Naturaleza del Contenido

El derecho a la libertad de expresión, así como el balance que se debe buscar entre éste y los derechos de terceros, se analiza de manera

---

87 CrEDH, Case of Rekvényi v. Hungary, Judgment of May 20 of 1999. CrEDH, Case of Ahmed and Others v. UK, Judgment of September 2 of 1998.

88 CrEDH, Case of Plon (société) v. France, Judgment of May 18 of 2004. CrEDH, Case of Fressoz and Roire v. France, Judgment of January 21 of 1999.

distinta dependiendo del tema que se esté tratando y el tipo de debate que se esté realizando.

A. Debate Político

Debemos referirnos a la libertad de expresión ejercida en el contexto del debate político, entendido éste también como un elemento característico y, sobre todo, necesario en una sociedad democrática. A este respecto, la **CrIDH** se ha referido por primera vez en el **Caso Ivcher Bronstein**[89], donde manifestó, citando una vez más a la **CrEDH,** que: "*los límites de críticas aceptables son más amplios* ***con respecto al gobierno*** *que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático* ***las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos*** *no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública"*[90] (lo resaltado es nuestro). En este mismo sentido la **CrEDH** ha advertido que: "*La posición dominante que ocupa el Gobierno hace necesario que muestre reparo en recurrir a procedimientos criminales, particularmente cuando existan otros medios disponibles para responder a los ataques y críticas injustificadas que su adversarios hagan en los medios*"[91]. Sobre el particular agregó la **Corte Interamericana** en el **Caso Herrera Ulloa:** "*El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre*

---

89 En este caso se privó de la nacionalidad al ciudadano peruano Baruch Ivcher Bronstein para quitarle el control sobre un canal de televisión que emitió una serie de reportajes que denunciaban las violaciones a los derechos humanos y la corrupción existente en la administración del Presidente Alberto Fujimori, además de excluir a los periodistas que presentaban dicho programa.

90 CrIDH, Caso Ivcher Bronstein v. Perú, Sentencia de Fondo de 6 de febrero de 2001.

91 CrEDH, Case of Castells v. Spain, Judgment of April 23 of 1992.

cuestiones de interés público"[92]. Esto con respecto al Gobierno, como ente encargado de la administración pública, que es distinto a ciertos a funcionarios individualmente considerados.

En cuanto a los **funcionarios públicos**, u otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública, la **CrIDH** ha dicho sobre estas personas que: "*deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático"*[93]. Aún así para buscar el adecuado balance entre el derecho a la honra y dignidad y la libertad de expresión es necesario distinguir entre los políticos y los demás funcionarios que no lo son, y entre estos últimos los de mayor y menor jerarquía, pues el margen de apertura no es igual en todos los casos[94].

Ahora bien, no todos los políticos son necesariamente funcionarios públicos, puede darse el caso de políticos de larga trayectoria que nunca han llegado al poder, de líderes de oposición o de personas que tienen conocida militancia y participación en algún partido pero que en el momento de ser criticados o cuestionados por la opinión pública no están en el poder[95]. Respecto de estas personas, la **CrIDH**, citando a la **CrEDH**, ha manifestado que: "*Los límites de la crítica aceptable son, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se*

---

92 CrIDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2002.
93 CrIDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2002.
94 CrEDH, Case of Busuioc v. Moldova, Judgment of December 21 of 2004.
95 CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

abre paso a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia"[96]. Estas personas también tienen derecho al respeto de su honra y dignidad, sin embargo el ordenamiento jurídico debe tener en cuenta las cualidades del sujeto y la necesidad del intercambio de opiniones e ideas en el marco de una sociedad democrática.

Concluye la **CrIDH** estos razonamientos justificando la diferencia entre las personas privadas y aquellas que ejercen funciones públicas o que de algún modo pertenecen a la vida pública, de la siguiente manera: "*el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público."*[97]. En resumen, en el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares[98].

Otro tema que ha tenido una resonancia significativa en el desarrollo del derecho a la libertad de expresión en el marco del **SIPH**, es el

---

96 CrIDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2002.

97 CrIDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004.

98 CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004. En este caso la CrIDH consideró que este concepto incluía a los directivos de una empresa privada encargada de la construcción de gran parte de las obras de una central hidroeléctrica.

referente a la incompatibilidad de las **leyes de desacato** con el **Art. 13** de la **CADH**. Estas leyes son una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales[99]. La aplicación de las leyes de desacato varía entre un Estado miembro de la OEA y otro. Tenemos que hacer la salvedad de que no en todos los países se les denomina así a este tipo leyes, en algunas legislaciones el término desacato tiene una connotación jurídica distinta[100].

La **CrEDH** ha advertido que: "*La posición dominante que ocupa el Gobierno hace necesario que muestre reparo en recurrir a procedimientos criminales, particularmente cuando existan otros medios disponibles para responder a los ataques y críticas injustificadas que su adversarios hagan en los medios*"[101].

La **Comisión Interamericana** tuvo la oportunidad de examinar la libertad de expresión en el contexto del **Caso Verbitsky** donde se le aplicó a la víctima una ley de desacato. Las autoridades Argentinas consideraron que la publicación de un artículo en el cual el periodista se refería a un Ministro de la Corte Suprema Argentina, utilizando el término de "asqueroso", daba lugar a la aplicación de estas leyes. En este caso las autoridades judiciales condenaron penalmente al señor Horacio Verbitsky, el caso fue presentado ante la **Comisión Inte-**

---

99 CIDH, Informe Anual de 1994, Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana. A este respecto, se dice que las leyes desacato cumplen una doble función. En primer lugar, al proteger a los funcionarios públicos contra la expresión ofensiva y/o crítica, éstos quedan en libertad de desempeñar sus funciones y, por tanto, se permite que el gobierno funcione armónicamente. Segundo, las leyes de desacato protegen el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional dado que –según se argumenta—ella se refleja no sólo en el individuo objeto de la crítica, sino en el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios.

100 Por ejemplo desobedecer la orden de un Juez.

101 CrEDH, Case of Castells v. Spain, Judgment of April 23 of 1992.

ramericana y durante el proceso se llegó a un acuerdo de solución amistosa, en dicho acuerdo, las partes solicitaron a la **Comisión Interamericana** que se pronunciara sobre la compatibilidad de la figura penal del desacato con las normas de la **Convención Americana**[102]. Consecuentemente la **Comisión Interamericana** en el **Capítulo V** de su **Informe Anual** de 1994 procedió a analizar la compatibilidad de las leyes de desacato con el **Art. 13** de la **CADH** referente a la libertad de expresión, y concluyó que las mismas eran incompatibles con el citado precepto legal. De la redacción de este informe podemos extraer de manera esquemática que los argumentos principales que utilizó la **CIDH** para llegar a estas conclusiones son:

a) La aplicación de las leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial otorgan injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir y controlar el abuso de su poder coactivo.
b) Una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión.
c) Las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de expresión pues traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan o ofenden a un funcionario público, especialmente cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor. La crítica política con frecuencia comporta juicios de valor.

[102] CIDH, Caso Horacio Verbitsky v. Argentina, Informe de Solución Amistosa Nº 22/94, del 20 de septiembre de 1994.

d) La desventaja que las leyes de desacato imponen a las personas que desean participar en el debate político no se ve reducida por la posibilidad de probar la verdad como defensa. Inclusive las leyes que permiten esgrimir la verdad como defensa inhiben inevitablemente el libre flujo de ideas y opiniones al transferir la carga de la prueba al que expresa sus opiniones. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba. Y agregaríamos nosotros, que muchas veces la defensa del funcionario público que se siente perjudicado y agraviado se fundamenta en la imposibilidad que tiene su contraparte de aportar ciertos medios probatorios a los que obviamente no va a poder tener acceso por estar en propiedad del gobierno o del funcionario al cual se crítica.

e) Dichas normas plantean la posibilidad de que quien crítica de buena fe al gobierno sea sancionado por su crítica.

f) Al proteger a los funcionarios contra expresiones difamantes, las leyes de desacato establecen una estructura que, en última instancia protege al propio gobierno de las críticas.

g) El fundamento de las leyes de desacato contradice el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental (la libertad de expresión) que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática.

h) Los gobiernos no pueden invocar una de las restricciones legítimas a la libertad de expresión, como el mantenimiento del orden público como medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Si esto ocurre la restricción aplicada no es legítima.

i) El gobierno tiene una función dominante en la sociedad y dispone de otros medios para responder a ataques injustificados como su acceso de difusión y acciones civiles individuales por difamación y calumnia. Toda crítica que no se relacione con el cargo del funcionario puede estar sujeta como ocurre en el caso de todo particular a acciones civiles por difamación y calumnia.
j) En una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas al escrutinio y a la crítica del público.

Lo arriba expuesto es en cuanto a las leyes de desacato que como hemos visto, en las legislaciones en que existen, las mismas protegen a funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. Pero también existen en muchos códigos penales la figura de los delitos de calumnia e injuria, que permite que personas particulares entablen procesos penales contra personas que a su juicio les hayan calumniado o injuriado, a este respecto a estos tipos penales la tendencia actual de los derechos humanos es despenalizar estas figuras y permitir que la calumnia o injuria solo sea objeto de reclamaciones civiles. Así la CIDH, considera que: *"las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibidor que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión solo puede aplicarse en la medida que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica"*[103] y cita la **Comisión Interamericana** como ejemplo los supuestos contenidos en **numeral 5** del **artículo 13**.

Por último, cabe señalar que el concepto de debate político al que nos estamos refiriendo incluye la discusión sobre los temas de

[103] CIDH, Informe Anual de 1994, Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana.

la política mundial e incluso los temas de la política interna de otros Estados, pues en la sociedad globalizada actual tales temas se han tornado de interés público, por lo que ningún Estado puede prohibir la discusión de los mismos bajo pretexto de proteger sus relaciones diplomáticas con otros Estados[104].

B. Otras Personas Públicas

En las sociedades modernas aquellos que dirigen las grandes compañías han adquirido un papel de tal relevancia para la economía estatal que se admite que la discusión sobre sus actividades es de interés público, al respecto la **CrEDH** ha expresado: "*Sobre la justiciabilidad del derecho a la buena reputación bajo el derecho interno, los límites aceptables de crítica son mayores con respecto a los hombres de negocios activamente involucrados en los asuntos de las grandes compañías públicas* (entiéndase aquellas que cotizan sus acciones públicamente) *que con respecto a los individuos privados*"[105].

También existen personas que no están oficialmente involucradas con la política o la administración estatal, pero que tienen relevancia para el Estado, como son las familias de los presidentes y otros gobernantes de alto rango. En el **Caso Von Hannover v. Germany** la mayoría de los magistrados de la **CrEDH** consideró que la Princesa Carolina de Mónaco por no tener funciones públicas expresas en la Constitución de su país debía ser considerada una persona privada para determinar el balance entre la libertad de expresión de los periodistas alemanes y su derecho a la privacidad[106], sin embargo, como

---

104 CrEDH. Case of Colombani and Others v. France, Judgment of June 25 of 2002.

105 CrEDH, Case of Fayed v. UK, Judgment of September 21 of 1994. En el contexto de esta cita, y en adelante, cuando se use el término "compañía pública" no se refiere a una compañía con vinculación al Estado sino a una PLC (Public Limited Company) que es una compañía cuyas acciones son ofrecidas públicamente.

106 CrEDH, Case of Von Hannover v. Germany, Judgment of June 24 of 2004.

lo hizo la minoría de la **CrEDH** en ese caso, consideramos que el hecho de que fuera del territorio de Mónaco era percibida como una representante de su país justificaba que los limites de la libertad de expresión se ampliasen[107].

C. Secretos de Estado

En otro orden de ideas debemos mencionar que aunque el **Art. 13** de la **CADH** no lo menciona taxativamente, la jurisprudencia y los informes de la **CIDH** sí admiten cierta reserva que haga el Estado sobre la divulgación de cierto tipo información que maneja el Gobierno, o los estamentos de seguridad. Este principio constituye el derecho Estatal a la reserva de los **secretos de Estado** que tiene su sustento en la **seguridad nacional**.

La **CrEDH** ha advertido que no cualquier información puede ser clasificada como "Secreto de Estado"[108]. En el **SIPDH** la **CIDH** en el **Caso Rodolfo Robles Espinosa e Hijos v. Perú,** en el que un General de División del Ejército había recibido numerosos ataques por parte del Gobierno en represalia por haber hecho pública la existencia de un Escuadrón de la Muerte organizado por el Servicio de Inteligencia Nacional de Perú, determinó que si bien es cierto que esa información era secreta, el Estado no podía tomar acciones contra el General Robles porque las mismas se referían a denuncias sobre violaciones a derechos humanos. De lo que podemos concluir que para la **CIDH** no es compatible con el **Art. 13** de la **CADH** aducir el secreto por motivos de seguridad cuando se pretenda ocultar información relativa a violaciones a derechos humanos y por ende no es lícito exi-

---

107 CrEDH, Case of Von Hannover v. Germany, Judgment of June 24 of 2004, Concurring Opinion of Judge Cabral Barreto, Concurring Opinion of Judge Zupančič.

108 CrEDH, Case of Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands, Judgment of February 9 of 1995.

gir responsabilidades a quienes difundan estas informaciones. Entre la información que puede ser clasificada como secretos de Estado y por lo tanto admitir restricciones especiales sobre su divulgación, por ejemplo, la **CrEDH** ha reconocido, por ejemplo, la referente a tecnología militar[109].

D. La Administración de Justicia

Si bien la **administración de justicia** requiere de la supervisión de la opinión pública como todas las demás actividades estatales también admite la aplicación de medidas restrictivas especiales por varias razones, entre ellas la honra y dignidad de las partes y del juez y la necesidad de que la opinión pública no se convierta en presión para que el juez no cumpla correctamente con su deber.

Considera la **CrEDH** que: "*Las Cortes, las garantes de la justicia, cuyo papel es fundamental en un Estado basado en el imperio de la ley, deben gozar de confianza pública. De acuerdo deben ser protegidas de ataques destructivos que sean infundados, especialmente en vistas del hecho de que los jueces están sujetos a un deber de discreción que les impide responder a las críticas*"[110]. También ha reconocido la **CrEDH** el preservar el interés de la justicia como un fin legítimo para limitar la libertad de expresión con respecto a un proceso penal en curso[111].

Respecto al tema de si las autoridades pueden comentar sobre las investigaciones en proceso la **CrEDH** ha dicho que: "*La libertad de expresión, garantizada por el artículo 10 de la Convención incluye el derecho de recibir y repartir información. El artículo 6.2 no puede*

---

109 CrEDH, Case of Hadjianastassiou v. Greece, Judgment of December 16 of 1992.

110 CrEDH, Case of de Haes and Gijsels v. Belgium, Judgment of February 24 of 1995.

111 CrEDH, Case of Worms v. Austria, Judgment of August 29 of 1997.

entonces prohibir a las autoridades informar al público acerca de las investigaciones criminales en progreso, pero requiere que lo hagan con toda la discreción y circunspección necesarias si la presunción de inocencia ha de ser respetada".

Aunque no es un requisito del derecho internacional de los derechos humanos consideramos compatible con el mismo imponer restricciones a la libertad de expresión para facilitar la reintegración a la sociedad de quienes hayan sido privados de su libertad por razón de un delito cometido. Sin embargo en el caso especial de los políticos la **CrEDH** ha considerado que: "*La condena criminal previa de un político del tipo aquí en cuestión, junto con su conducta pública en otros respectos, puede ser un factor relevante para evaluar su adecuación para ejecutar sus funciones públicas"*[112]. Sobre este tema también hay restricciones especiales que se aplican en los procesos penales de menores de edad, las mismas las comentaremos en la sección titulada "derechos diferenciados en función de grupo".

E. El Comercio y la Protección del Consumidor

Pasando a otro tema, la libertad de expresión es un derecho reconocido de manera que "*no se hace distinción de acuerdo a si el fin perseguido es el de lucro o no*"[113] por lo que la libertad de expresión comprende el **derecho de propaganda,** es decir, el derecho de los comerciantes a hacer publicidad respecto a los productos o servicios que ofrecen. Sin embargo a la luz del reciente avance del nuevo derecho social de protección al consumidor restricciones especiales pueden ser aplicables a este derecho[114]. Comenta la **CrEDH** al respecto que:

---

112 CrEDH, Case of Schwabe v. Austria, Judgment of August 28 of 1992.
113 CrEDH, Case of Casado Coca v. Spain, Judgment of February 24 of 1994.
114 CrEDH, Case of Krone Verlag Gmbh & Co. Kg v. Austria (no. 3), Judgment of December 11 of 2003.

"*Para los ciudadanos la publicidad es un medio para descubrir las características de los servicios y productos que les son ofrecidos. Sin embargo, en algunas ocasiones puede ser restringida, especialmente para prevenir la competencia injusta y la publicidad falsa o engañosa. En algunas circunstancias, incluso la publicación de publicidad objetiva y verdadera puede ser restringida a orden de asegurar el respeto de los derechos ajenos*"[115], por ejemplo, es legítimo imponer restricciones a la libertad de hacer propaganda aunque ésta sea objetivamente cierta para efectos de prevenir abusos de la publicidad comparativa o la utilización de mensajes subliminales.

La protección del consumidor también implica que en los medios se dé una discusión abierta sobre los temas de relevancia para los consumidores: "*una gran compañía pública inevitable y concientemente se expone a un escrutinio cercano de sus actos*"[116]. "*En una economía de mercado una empresa que busca abrir un negocio inevitablemente se expone al escrutinio de sus prácticas por parte de sus competidores. Su estrategia comercial y la manera en que cumple sus compromisos pueden dar lugar a críticas por parte de los consumidores y la prensa especializada. Para poder llevar a cabo esta tarea la prensa especializada debe poder divulgar los hechos que puedan ser de interés para sus lectores y de esa manera contribuir a la claridad de las actividades comerciales*"[117].

Por otra parte no se puede perder de vista el riesgo que en una economía bursátil representa la difusión de información negativa respecto a una empresa importante por lo que la **CrEDH** reconoce que: "*En adición al interés público en un debate abierto sobre las prácticas*

---

115 CrEDH, Case of Casado Coca v. Spain, Judgment of February 24 of 1994.
116 CrEDH, Case of Steel and Morris v. UK, Judgment of February 15 of 2005.
117 CrEDH, Case of Markt Intern Verlag Gmbh and Klaus Beermann v. Germany, Judgment of November 20 of 1989.

de comercio, hay un interés en conflicto de proteger el éxito comercial y la viabilidad de las compañías, para el beneficio de los accionistas y los empleados, pero también por el bien económico en general"[118].

F. La Historia

En relación con la **historia**, es natural que una vez un pueblo ha definido una posición clara sobre los hechos en pasado se vuelva reacio a aceptar ideas que contradigan esa posición, generalmente porque la posición aceptada constituye un embelesamiento de los hechos más que un análisis objetivo de los mismos. Muchas veces ocurre que las autoridades estatales censuran la difusión de teorías históricas que contradigan las generalmente aceptadas bajo pretexto de proteger la honra y dignidad de los personajes históricos de su país. Tal tipo de restricciones no son compatibles con la libertad de expresión, pues los historiadores y las personas en general tienen derecho a presentar teorías y a participar en discusiones en búsqueda de la verdad histórica, tal derecho es parte fundamental de la libertad de expresión[119].

En cuanto al argumento de la necesidad de proteger el derecho a la honra y dignidad de las figuras históricas si bien la obligación estatal de respetar tal derecho no se extingue con la muerte de dichas personas se debe tomar en cuenta que a medida que pasa el tiempo la balanza entre la libertad de expresión y el derecho a la honra y dignidad se va inclinando hacia el lado de la primera: "*A pesar de que observaciones como las hechas por los peticionarios siempre tienden a reabrir la controversia y volver a traer memorias de sufrimientos pasados, el paso del tiempo hace inapropiado el tratar dichas observaciones, 40 años después, con la misma severidad que 10 ó 20 años antes.*

[118] CrEDH, Case of Steel and Morris v. UK, Judgment of February 15 of 2005.
[119] CrEDH, Case of Chauvy and Others v. France, Judgment of June 29 of 2004.

Eso forma parte de los esfuerzos que cada país debe hacer para discutir su propia historia abierta y desapasionadamente"[120].

Este derecho también está consagrado en la **DADH Art. 4**, **DUDH Art. 19**, **CADF Art. 9** y **CEDF Art. 11.**

[120] CrEDH, Case of Lehideux and Isorni v. France, Judgment of September 23 of 1998.

Derecho de Rectificación o Respuesta

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta** 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones establecidas en la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.	**No es reconocido expresamente en la CEDH ni en sus protocolos.**	**No es reconocido expresamente en el PIDCP.**

La **Convención Americana** es el primer instrumento internacional que consagra el derecho de rectificación o respuesta de manera expresa y autónoma, pues en la **DADH**, la **DUDH**, el **PIDCP** y la **CEDH** no se encuentran referencias expresas al mismo. Este derecho recoge una reparación específica a la que toda persona, cuya honra y dignidad le ha sido violada mediante comunicaciones públicas, debe poder acceder sin perjuicio de otras reparaciones que en adición puedan ser pertinentes. Para el Estado se constituye en la obligación de crear los mecanismos internos que sean necesarios para que los ciudadanos puedan acceder a este derecho así como para sancionar su incumplimiento.

Cabe advertir, que de los otros instrumentos distintos de la **CADH** se podrá desprender en cierta forma este derecho bajo el derecho general a ser reparado de las violaciones a los derechos humanos, pero el margen de apreciación estatal respecto a la forma de satisfacer el mismo será mayor al no haber elementos normativos taxativos.

Este derecho sólo ha sido abordado por la **Corte Interamericana** en el contexto de la **Opinión Consultiva 7**[1], por lo tanto no hay desarrollo jurisprudencial. Vale destacar que en esta Opinión Consultiva el Tribunal se limitó a pronunciarse sobre la aplicación del derecho de rectificación o respuesta dentro de la legislación de un Estado en particular. No se profundizó en el contenido mismo de este derecho. Por este motivo y por razones de discrepancia en los criterios de los magistrados respecto a la admisibilidad de esta consulta, se produjeron dos opiniones separadas y dos opiniones disidentes en torno a la misma. Siendo así una de las opiniones consultivas más discutidas y controversiales. A continuación examinaremos algunos criterios generales vertidos por el pleno de la **Corte Interamericana** y luego algunas observaciones interesantes que hicieron algunos j**ueces** en sus opiniones.

En primer lugar, la **CrIDH** estableció que la rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el **artículo 13.2(a)** sobre libertad de pensamiento o expresión, los **artículos 11.1** y **11.3** referentes al derecho a la honra y reputación y con el **artículo 32.2** que consagra la correlación entre deberes y derechos. Dada la importancia de estos artículos para una adecuada interpretación sistemática, procederemos a transcribirlos:

[1] CrIDH, Opinión Consultiva 7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

*2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

La ubicación del derecho de rectificación o respuesta (**Art. 14**) inmediatamente después de la libertad de pensamiento y expresión (**Art. 13**), confirma esta interpretación en el sentido de que ambos derechos se complementan entre sí. A este respecto ha dicho la **CrIDH** que: "*La necesaria relación entre el contenido de estos artículos se desprende de la naturaleza de los derechos que reconocen, ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Esta-*

*dos Partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el **artículo 13** y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el **artículo 14.1**"*[2].

Sobre la **necesidad de regulación** de este derecho, es decir, sobre qué aspectos del ejercicio del mismo dependen de un soporte en el derecho interno del Estado, la **CrIDH** ha señalado que: "*E1 **artículo 14.1** no indica si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc. De acuerdo con el artículo 14.1, estas condiciones serán las que establezca la ley, frase que implica el establecimiento de las condiciones para el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta por medio de la ley, cuyo contenido podrá variar de un Estado a otro, **dentro de ciertos límites razonables** y en el marco de los conceptos afirmados por la Corte*"[3] (la negrita es nuestra).

Con relación a la forma como debe regularse este derecho, consideramos que la rectificación o la respuesta deberá ser publicada con un peso periodístico equivalente al de la información original. Si se trata de un diario, en la misma página o columna; si se trata de un mensaje radial o televisivo, en una hora similar a la hora en la cual fue transmitida la información que se rectifica, o si fue en un programa o noticiero, que la rectificación se haga en el mismo. En cuanto a la extensión de la rectificación, ésta no deberá ocupar más espacio que el necesario para rectificar o responder únicamente los puntos inexactos, no deberá referirse a otros temas y obviamente deberá tener un tono

[2] CrIDH, Opinión Consultiva 7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta.

[3] CrIDH, Opinión Consultiva 7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta.

respetuoso, de no ser así el medio podrá eliminar las palabras ofensivas. También consideramos que este derecho subsiste aun cuando la información que motiva la aclaración o rectificación provenga de terceros que han solicitado o contratado su inserción.

"*El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1 de la CADH, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos*"[4]. El derecho de rectificación o respuesta consagrado en la **Convención Americana** debe ser regulado por el derecho interno del Estado, esto es así por mandato específico del **Art. 14** y en virtud del mandato general contenido en el **Art. 2**; sin embargo tal regulación no es estrictamente necesaria para la existencia de este derecho, es la ausencia total de mecanismos internos de cualquier índole, que sean idóneos para la reivindicación de este derecho, lo que conllevaría una violación *per se* del mismo.

Para efectos de realizar la regulación, "*El concepto de ley, tal como lo utiliza el artículo 14.1, comprende todas las medidas dirigidas a regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta*"[5], para lo cual

[4] CrIDH, Opinión Consultiva 7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta.

[5] CrIDH, Opinión Consultiva 7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta.

el Estado podrá utilizar la clase de norma jurídica que considere necesaria y oportuna, **no importa su rango**.

Vale recordar que en el párrafo anterior nos referimos a la facultad del Estado para regular el ejercicio de este derecho que se constituye además en su obligación, por medio de cualquier norma jurídica, y a su deber de restringirlo únicamente por medio de una ley formal en los términos del **artículo 30** de la **CADH.** Sin embargo, con relación a la existencia ***per se*** de este derecho, queremos reiterar, que el mismo no necesita de la existencia de una ley interna para existir, ni para ser exigible de acuerdo al derecho internacional**,** éste es exigible desde el momento que el Estado ratifica la **CADH**. Como dijo la **CrIDH** a este respecto: *"…la frase -en las condiciones que establezca la ley- se refiere a diversas condiciones relacionadas con el ejercicio de ese derecho. Por consiguiente, esa frase atañe a la efectividad de ese derecho en el orden interno, mas no a su creación, existencia o exigibilidad internacional"*[6].

El **Juez Gross Espiell**, como parte de sus aportes doctrinales en su **Opinión Separada,** al analizar el derecho de rectificación o respuesta en concordancia con la libertad de expresión, resaltó la doble dimensión del primero de ellos en los siguientes términos: *"En su **dimensión individual**, el derecho de rectificación o respuesta garantiza al afectado por una información inexacta o agraviante la posibilidad de expresar sus puntos de vista y su pensamiento respecto de esa información emitida en su perjuicio. En su **dimensión social**, la rectificación o respuesta permite a cada uno de los integrantes de la comunidad recibir una nueva información que contradiga o discrepe con otra anterior, inexacta o agraviante"*[7] (la negrita es nuestra). Desde un tercer

[6] CrIDH, Opinión Consultiva 7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta.

[7] CrIDH, Opinión Consultiva 7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Opinión Separada del Juez Héctor Gross Espiell.

enfoque podríamos considerar la rectificación como el reconocimiento del medio de su equivocación y por consiguiente podría ser un elemento restablecedor de su credibilidad.

"E1 derecho de rectificación o respuesta permite, de ese modo, el restablecimiento del equilibrio en la información, elemento necesario para la adecuada y veraz formación de la opinión pública, extremo indispensable para que pueda existir vitalmente una sociedad democrática… La existencia de un derecho de rectificación o respuesta es una vía para hacer jugar la responsabilidad prevista por el artículo 13.2, en los casos en que las libertades de pensamiento, de expresión o de información sean utilizadas de forma que ofenda el respeto a los derechos o a la reputación de los demás"[8].

La información inexacta o agraviante debe haberse emitido en perjuicio de la persona a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general.

"De acuerdo con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Art. 31), debe concluirse que con esa expresión se individualiza a todos los medios de difusión que, de una u otra forma, están regulados, por medio de la ley, en el derecho interno de los Estados Partes. No se refiere a una forma específica o concreta de reglamentación, ni puede interpretarse en el sentido de que incluye sólo a los medios de difusión para el funcionamiento de los que la ley exige una autorización, concesión o habilitación previa. La ***Convención*** *no hace esta distinción, y, por ende, no hay fundamento alguno para que el intérprete la realice. Pero, además, si se hiciera una distinción entre uno u otro medio de difusión, incluyendo por ejemplo a la radio y a la televisión y excluyendo a la prensa escrita, se estaría efectuando una discriminación, por ende prohibida, y se violaría el princi-*

[8] CrIDH, Opinión Consultiva 7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Opinión Separada del Juez Héctor Gross Espiell.

pio de no discriminación y el derecho a la igualdad, garantizados por la Convención (Arts. 1.1 y 24). La determinación del carácter inexacto o agraviante de las informaciones, deberá ser, si hay una diferencia al respecto, la consecuencia de un procedimiento judicial"[9]**.** Concordamos plenamente con esta posición del **Juez Gross Espiell,** la cual no hace falta comentar.

El **Juez Piza Escalante**, manifestó en su **Opinión Separada,** que el **Artículo 14.1** establece, además de la relación con los **artículos 11** y **13,** los criterios básicos para determinar alcances concretos del derecho en cuestión: "*Su **titular** es toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, y sus **efectos** son los de permitirle efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta, de lo cual es evidente que pueden deducirse otros, como los de que tal rectificación o respuesta se publique gratuitamente, lo antes posible y en lugar y con notoriedad equivalentes a los de la publicación causante del agravio, sin 'coletillas' que la desvirtúen etc.; condiciones todas estas que, a falta de las establecidas expresamente por la ley, pueden ser determinadas con sólo utilizar los criterios de razonabilidad que deben presidir toda interpretación del derecho"*[10]. Hay que aclarar que aunque algunas legislaciones de la región, como p. ej. la Chilena[11] o la Uruguaya[12] reconocen el derecho de rectificación o respuesta a personas jurídicas, esto no es así en el **Sistema Interamericano**. Este derecho sólo puede reclamarse ante la **CIDH** o ante la **CrIDH** cuando la persona

[9] CrIDH, Opinión Consultiva 7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Opinión Separada del Juez Héctor Gross Espiell.

[10] CrIDH, Opinión Consultiva 7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante.

[11] Art. 19, numeral 12, inciso 3 de la actual Constitución Política de Chile.

[12] Art. 7 de la Ley 16.099 de 1989, de la República de Uruguay.

afectada por informaciones inexactas o agraviantes sea una persona natural, primero porque los derechos humanos protegen únicamente a las personas naturales[13], y segundo porque la honra y dignidad son cualidades exclusivas de los seres humanos.

Este derecho contenido en el **Art. 14** de la **CADH**, en nuestra opinión, protege a la persona de las **informaciones inexactas**[14] o **agraviantes** emitidas en su perjuicio y **no de las opiniones,** a menos que estas opiniones se sustenten en hechos falsos o que en ella se manifiesten expresiones que sean ofensivas. Creemos que existe una diferencia fundamental entre información y opinión, la **opinión o crítica** no consiste en la imputación o atribución de determinadas conductas, sino en la valoración o juicios de las mismas. Hay que distinguir el elemento subjetivo que comporta la opinión propiamente dicha.

Es importante regular en el derecho interno de manera precisa los mecanismos a través de los cuales se ejercerá este derecho, además de permitir su exigibilidad inmediata e incondicional por las siguientes razones:

a) El principio mismo de **seguridad jurídica**, que en este caso juega un doble papel, seguridad para las eventuales víctimas de la publicación inexacta o agraviante, titulares del derecho en cuestión, y seguridad para los medios de comunicación colectiva, normalmente privados, a efecto de que el ejercicio de ese derecho no se torne en abuso.
b) El acceso de unos y otros a un recurso jurisdiccional efectivo y expedito, adecuado a la naturaleza y urgencia de los derechos de ambos, que garantice ese equilibrio en caso de controversia,

[13] De acuerdo con el Art. 1.2 de la CADH.
[14] Una información es inexacta cuando no concuerda con la realidad o cuando no refleja los hechos de una manera completa, de modo que la idea transmitida finalmente no corresponde a la realidad de los mismos.

y la publicación oportuna de la rectificación o respuesta, cuando fuere procedente.

Por su parte la **Comisión Interamericana** estableció que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y **promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta**[15]. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la honra, reputación y vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla.

[15] CIDH, Informe Anual de 1994, Capítulo V: La compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Derecho de Reunión

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 15. Derecho de Reunión** Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.	**CEDH** **Artículo 11. Libertad de reunión y de asociación** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, 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 libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.	**PIDCP** **Artículo 21** Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Debe notarse que la libertad de reunión se diferencia de la libertad de asociación en la medida en que tiene una naturaleza, al menos en principio, accidental en cambio las asociaciones tienen una naturaleza permanente o al menos aspiran a dicha condición.

En el **Caso Baena Ricardo** la **Comisión Interamericana**[1] dijo que este derecho "*es de naturaleza instrumental, sirve de soporte al*

[1] En sus alegatos sobre la presunta violación al artículo 15 de la CADH, en la audiencia de fondo del Caso Baena Ricardo v. Panamá de 2 de febrero de 2001.

ejercicio de los demás derechos fundamentales y permite la obtención de fines no prohibidos expresamente por la ley". En su naturaleza instrumental este derecho guarda estrecha relación con la libertad de asociación, al ser un medio de materialización y exteriorización de la asociación; del derecho a la libertad religiosa, en cuanto contempla el derecho a realizar ceremonias religiosas en públicos, y algunos derechos políticos, tanto así que el derecho de reunión está considerado (con la libertad de expresión y la libertad de asociación) como uno de los 3 pilares esenciales que deben concurrir para que un proceso electoral sea considerado auténtico[2]. La relación más notable es la que guarda con la libertad de expresión, siendo tal que la práctica de los tribunales internacionales ha sido la de no evaluar por separado la libertad de reunión y la de expresión en casos relativos a la dimensión colectiva de está última[3].

No puede perderse de vista que el derecho de reunión fuera de su naturaleza instrumental también tiene un contenido autónomo de igual importancia, que consiste en el derecho de realizar reuniones para efectos sociales, culturales, deportivos o recreativos aún sin relación directa con el ejercicio de otros derechos. Esta dimensión del derecho de reunión es tutelada de igual manera en el derecho internacional. Debemos tener presente que el derecho de reunión puede ser ejercido de manera privada o en público y ambos ámbitos de manifestación están protegidos por el derecho internacional[4].

Este derecho genera para el Estado la obligación negativa de no intervenir injustificadamente en el ejercicio pacífico que del mismo hagan los coasociados, pero además, y para que el derecho se haga

---

[2] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996. CIDH, Informe de País de Paraguay de 1987, Conclusiones.

[3] CrEDH, Case of Appleby And Others v.UK, Judgment of May 6 of 2003.

[4] CrEDH, Case of Djavitan v. Turkey, Judgment of February 20 of 2003.

realmente efectivo, el Estado debe tomar las medidas positivas necesarias para garantizar a quienes ejerzan el derecho de reunión el goce pacífico del mismo. Pues, como bien ha señalado la **Corte Europea:** para los partidarios de ideas minoritarias, controversiales o no populares su derecho a expresarlas en reuniones públicas sería simplemente teórico si éstos tuviesen que temer ser víctimas de violencia física de parte de quienes no toleran su posición[5].

El derecho de reunión también abarca el derecho a convocar, es decir, el derecho de invitar a otros a reunirse y publicitar la reunión para instar la asistencia a la misma, y el derecho a recibir protección estatal contra injerencias ilegales (ejemplo amenazas) que estén encaminadas a evitar que se lleve acabo la reunión o minimizar su asistencia. En este sentido la **Comisión Europea** ha dicho que este derecho lo ejercen tanto los individuos como los organizadores de la reunión[6].

En cuanto a sus posibles restricciones, son válidas las que la persona voluntariamente se imponga al aceptar obligaciones de carácter civil, laboral o militar[7] así como en las que haya incurrido por causa penal o de justicia administrativa. Aunque este artículo no contenga disposiciones específicas en ese sentido, como sí lo hace el relativo a la libertad de asociación, también son válidas las restricciones que se impongan a los miembros de las fuerzas armadas y la policía, así como a los funcionarios públicos (incluidos los judiciales), en este

---

[5] CrEDH, Case of Plattform "Arzte für das Leben" v. Austria, Judgment of June 21 of 1988.

[6] Comisión Europea de Derechos Humanos, Case of Christians Against Racism and Fascism v. The United Kingdom, Comission Decision of July 16 of 1980. Comisión Europea de Derechos Humanos, Case of Rassemblement Jurassien and Unité Jurassienne v. Switzerald, Commision Decision of October 10 of 1979.

[7] CrEDH, Case of Engel And Others v. The Netherlands, Judgment of June 8 of 1976.

último supuesto para preservar la apariencia de neutralidad o neutralidad objetiva. Como ha expuesto la **Corte Europea** en el **Caso Ahmed y Otros v. El Reino Unido**[8]**,** no basta con que los funcionarios públicos sean neutrales e imparciales en el ejercicio de sus funciones, además deben abstenerse de ejecutar actos que hagan dudar a la población de esta neutralidad e imparcialidad, como demostrar públicamente en reuniones su simpatía por un partido político o por una posición determinada. Estas restricciones son válidas, claro está, en la medida en que la posición del funcionario realmente las amerite.

Para efectos de poder el Estado cumplir efectivamente con su obligación de garantizar el curso pacífico de una reunión son válidas las restricciones de notificación previa, declaración de intención y objeto, presentación del programa de la reunión, declaración de la concurrencia esperada y otras que se impongan para esos fines[9]. La jurisprudencia de la **Corte Europea** también ha considerado válidas las restricciones adicionales que por motivos morales la ley o los estatutos particulares impongan a quienes ejerzan determinadas profesiones en el ámbito privado[10], sin embargo tales restricciones a nuestro juicio son injustificables en las sociedades actuales.

Una reunión, para los efectos del **DIDH**, debe considerarse pacífica cuando en la misma no se den actos materiales de violencia. No se pueden entrar a considerar para efectos de determinar si una reunión es pacífica o no, elementos tales como los fines perseguidos por la reunión o la violencia que esta podría incitar en quienes se pudiesen ofender por las ideas expuestas en la reunión. Un buen ejemplo es el caso de las reuniones propuestas por grupos separatistas, existen en

[8] CrEDH, Case of Ahmed And Others v. UK, Judgment of September 2 of 1998.
[9] CrEDH, Case of Plattform "Arzte für das Leben" v. Austria, Judgment of June 21 of 1988.
[10] CrEDH, Case of Ezelin v. France, Judgment of April 26 of 1991.

diversas regiones del mundos grupos que promueven la separación de su región para que ésta se convierta en un Estado independiente, en este contexto, la **CrEDH** ha señalado que aunque los Estados puedan considerar reuniones que promuevan estas ideas violentas pues atentan contra el orden constitucional del Estado y aunque hayan temores legítimos de que la población general pueda reaccionar violentamente contra los manifestantes, esos elementos no constituyen bases para restringir el derecho de libertad de reunión[11]. A diferencia de la **Corte Europea**[12]**,** no consideramos que las conjeturas hechas por los efectivos policiales (aunque se fundamenten en su vasta experiencia) de que una reunión está a punto de tornarse violenta sean suficientes para sustentar una disolución de la misma, sin embargo, sí compartimos el criterio de que la protección de los propios participantes es una causal válida para la disolución de una reunión[13].

En el **Caso Baena Ricardo** la **Corte Interamericana** al analizar la presunta violación al derecho de reunión encontró que ésta no se configuraba, pues las presuntas víctimas habían podido participar sin problemas de su reunión e incluso habían contado con protección policial durante la misma[14], aun cuando la Comisión Interamericana y las víctimas alegaban que el posterior despido de los trabajadores presentes en la manifestación se debía a su participación en dicha manifestación. A nuestro juicio, sí se configuró una violación al derecho de reunión, pues es regla general de derechos humanos que un derecho no se viola sólo cuando se imponen restricciones previas, o interferencias durante el ejercicio del mismo sino también cuando se imponen sanciones posteriores, que muchas veces están encaminadas

---

[11] CrEDH, Case of Stankov And The United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria, Judgment of October 2 of 2001.
[12] CrEDH, Case of Cisse v. France, Judgment of April 9 of 2002.
[13] CrEDH, Case of Cisse v. France, Judgment of April 9 of 2002.
[14] CrIDH, Caso Baena Ricardo v. Panamá, Sentencia de Fondo del 2 de febrero de 2001.

a intimidar tanto a la víctima como a terceros para que no hagan uso legítimo de sus derechos, en el caso específico de la libertad de reunión que nos ocupa así lo ha reconocido la **CrEDH**[15].

Es muy poco el desarrollo a nivel supranacional que el derecho de reunión ha tenido en nuestro continente, a principios de la década de los 80s la **Comisión Interamericana** recibió tres denuncias de violación al derecho de reunión[16], suscitadas por algunos actos del Gobierno que estaban relacionados entre sí, siendo todos cometidos por el Estado Guatemalteco[17]. Veamos pues, en el **Caso 7383**[18] se denunció que hombres armados de la policía irrumpieron en una huelga de los trabajadores de la Coca Cola, disolvieron la huelga violentamente, obligaron a los trabajares a volver a sus puestos y secuestraron a dos de ellos que eran sindicalistas. En el **Caso 7403**[19] se denunció un ataque contra las oficinas de la Central Nacional de Trabajadores llevado a cabo por policías no uniformados. Entre 25 ó 30 personas fueron detenidas. Esta reunión de emergencia del ejecutivo de la CNT había sido convocada para tratar de la muerte de dos dirigentes laborales, muertos durante la semana anterior. Finalmente, en el **Caso 7490**[20] se denunció que Fuerzas de Seguridad del Gobierno capturaron en una operación relámpago a 17 líderes sindicales que se hallaban reunidos en una finca propiedad de la Iglesia Católica.

En estos tres casos que hemos comentado el Estado Guatemalteco se negó a dar información a la **Comisión Interamericana** cuando,

---

15 CrEDH, Case of Ezelin v. France, Judgment of April 26 of 1991.

16 Entre otros derechos que también se denunciaron en estos casos que no son objeto de estudio en este capítulo. Además estos casos fueron publicados solamente con la numeración respectiva y no se les puso el nombre de las víctimas.

17 No queremos detenernos a profundizar en los acontecimientos políticos e históricos que sirvieron de escenario a estas denuncias.

18 CIDH, Caso 7383 v. Guatemala, Resolución N° 32/81 del 25 de junio de 1981.

19 CIDH, Caso 7403 v. Guatemala, Resolución N° 33/81 del 25 de junio de 1981.

20 CIDH, Caso 7490 v. Guatemala, Resolución N° 35/81 del 25 de junio de 1981.

en su momento, se le dio traslado de la denuncia presentada en su contra, por lo cual de acuerdo al **Reglamento de la CIDH** se presumen verdaderos los hechos denunciados. Por este motivo no hubo necesidad de pronunciamientos sobre el fondo de la controversia, y al tomarse como ciertos los hechos denunciados se procedió a condenar por violación a los artículos aludidos, entre ellos el **Art. 15** que comentamos.

Este derecho está consagrado también en la **DADH Art. XXI**, **DUDH Art. 20 (1)**, **CADF Art. 11** y **CEDF Art. 12**

Libertad de Asociación

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH	**CEDH**	**PIDCP**
Artículo 16. Libertad de Asociación 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.	Artículo 11. Libertad de reunión y de asociación 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, 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 libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.	**Artículo 22** 1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía. 3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

La libertad de asociación se diferencia de la libertad de reunión en la medida en que las asociaciones tienen una naturaleza permanente o al menos aspiran a dicha permanencia, en contraste con el carácter accidental de las reuniones. Las asociaciones generalmente adquieren además algún tipo de estructura organizativa, como nos lo explica el **Juez Nieto Navia** en su **Opinión Separada** de la **OC-5**: "*La libertad de asociación es el derecho del individuo de unirse con otros en forma voluntaria y durable para la realización común de un fin lícito. Las asociaciones se caracterizan por su permanencia y estabilidad, el carácter ideal o espiritual,-por oposición al físico o material, de la unión, por la estructura más o menos compleja que se desarrolla en el tiempo y por la tendencia a expandirse y a cobijar el mayor número de miembros interesados en los mismos fines*" [1]. Debe recalcarse además que para efectos del **DIDH** los titulares de este derecho son los individuos y no las asociaciones como entidades.

La **CrIDH** se ha referido a este derecho en el **Caso Baena Ricardo**. Así se refirió al aspecto general de la libertad de asociación de la siguiente manera: "*Esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad*"[2].

De los conceptos emitidos por la **Corte** y el **Juez Nieto Navia** se puede desprender que la libertad de asociación, como todas las libertades, tiene su dimensión positiva (asociarse libremente, permanecer asociado) y negativa (no ser obligado a asociarse o a permanecer aso-

[1] CrIDH, Opinión Consultiva 5 de 13 de noviembre de 1985, Sobre la colegiación obligatoria de periodistas, Opinión Separada del Juez Rafael Nieto Navia.

[2] CrIDH, Caso Baena Ricardo (270 Trabajadores) v. Panamá, Sentencia de Fondo de 2 de febrero de 2001.

ciado), incluye el derecho a promover la asociación e instar a otros a asociarse. Como el **Juez Navia,** consideramos que el elemento esencial de las asociaciones es su permanencia y estabilidad o al menos la expectativa de las mismas. A diferencia de la **Corte Europea**[3] no encontramos que el reconocimiento de la asociación como persona o entidad jurídica sea un elemento esencial de la libertad de asociación. El derecho a obtener personaría jurídica para personas no naturales no es *per se* un derecho tutelado por el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la libertad de asociación vista en conjunto con el derecho de igualdad ante la ley, exige que en los Estados (la mayoría) donde se permite a las asociaciones obtener reconocimiento de su personalidad jurídica no sean impuestas distinciones innecesarias, irrazonables, ilegales, ilegitimas o injustificadas entre los requisitos para que cada asociación obtenga dicho reconocimiento[4]. De igual manera el proceso que se establezca para obtener dicho reconocimiento ya sea de naturaleza judicial o administrativa deberá atenerse a los principios básicos de la justicia y el debido proceso. En estos casos las obligaciones estatales emanantes del reconocimiento de la libertad de asociación existen tanto para con las asociaciones que han obtenido personería jurídica como para con aquellas que no lo han hecho.

Agrega la **CrIDH** que la libertad de asociación también comprende el derecho a perseguir el fin de la misma sin intromisiones arbitrarias o ilegítimas: "*El artículo 16.1 de la Convención comprende el "derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cual-*

[3] CrEDH, Case of Gorzelyk And Others v. Poland, Judgment of February 17 of 2004. CrEDH, Case of Sidiropoulos And Others v. Greece, Judgment of July 10 of 1998.

[4] CrEDH, Case of Swedish Engine Drivers Union v. Sweden, Judgment of February 6 of 1976. CrEDH, Case of National Union of Belgian Police v. Belgium, Judgment of October 27 of 1975.

quier otra índole". Estos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo. Además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad"[5].

En cuanto a los supuestos de violación del derecho la libertad de asociación, la misma es contravenida cuando el Estado incurre en ingerencias arbitrarias en el funcionamiento de una asociación, cuando realiza prácticas discriminatorias contra los miembros de determinada asociación por razón de serlo[6], cuando se disuelve injustificadamente una asociación[7], cuando interviene injustificadamente en el proceso de formación de una asociación y en los Estados que contemplan el reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones, cuando éste es negado arbitrariamente[8].

El aspecto negativo de la libertad de asociación es violado cuando el Estado tiene políticas o medidas (legislativas o de otro carácter) encaminadas a forzar a una persona a unirse a determinada asociación de manera tal que aunque la libertad de asociación persista en el plano teórico, se haga inútil en el plano práctico[9]. Las obligaciones

---

5 CrIDH, Caso Huilca Tecse v. Perú, Sentencia de 3 de marzo del 2005.

6 CrEDH, Case of N. F. v. Italy, Judgment of August 2 of 2001.

7 CrEDH, Case of Sadak And Others v. Turkey (N° 2), Judgment of June 11 of 2002. CrEDH, Case of Yazar And Others v. Turkey, Judgment of April 9 of 2002.

8 CrEDH, Case of Presidential Party of Mordovia v. Russia, Judgment of October 5 of 2004.

9 CrEDH, Case of Chassagnou And Others v. France, Judgment of April 29 of 1999. CrEDH, Case of Young, James and Webster v. UK, Judgment of August 13 of 1981.

estatales de carácter positivo emanantes de este derecho son incumplidas cuando el Estado no protege al individuo contra ingerencias de terceros encaminadas a menoscabar la libertad de asociación, además compartimos la opinión de un número considerable de **Jueces** de la **Corte Europea** cuando afirman de que el Estado también incumple sus obligaciones cuando permite técnicas de proselitismo societario abusivas[10] entre las que se pueden mencionar coerción económica o por fuerza física, abuso de posición de superioridad jurídica y la asociación en bloque (por ejemplo cuando un sindicato ordena a todos sus miembros unirse a determinado partido político).

De acuerdo a la **CrIDH** también se viola la libertad de asociación cuando se toman medidas de cualquier tipo que puedan tener un efecto amedrentador o disuasivo sobre la decisión que hagan las personas sobre formar parte o no de una asociación: "*la ejecución de un líder sindical, en un contexto como el del presente caso, no restringe sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente,* ***sin miedo o temor****, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 16 tiene un alcance y un carácter especial*"[11] (El resaltado es nuestro).

Respecto a las restricciones legítimas para este derecho, vemos que una asociación puede ser prohibida si sus fines declarados son contrarios a la ley, así como si de hecho se prueba que la asociación se dedica a fines ilícitos aunque esos no sean los fines declarados. Al igual que en el caso del derecho de reunión, no se puede considerar como un fin ilícito el simplemente promover un cambio en la legis-

[10] CrEDH, Case of Gustafsson v. Sweden, Judgment of April 25 of 1996, Partly Dissenting Opinion of Judge Jambreck, Dissenting Opinion of Judge Walsh, Dissenting Opinion of Judge Martens Joined by Judge Matscher, Dissenting Opinion of Judge Morenilla, Dissenting Opinion of Judge Mifsud Bonnici.

[11] CrIDH, Caso Huilca Tecse v. Perú, Sentencia de 3 de marzo del 2005.

lación[12] (por ejemplo en un país donde el tráfico de estupefacientes este prohibido, no puede ser considerado un fin ilícito el promover la legalización de los mismos) o el promover la separación de una región para la creación de un nuevo Estado independiente[13].

En la **CADH**, **CEDH** y **PIDCP** se establece expresamente la posibilidad de restringir o prohibir la libertad de asociación a los miembros de las fuerzas armadas o la policía, esto porque la imparcialidad que exigen sus funciones podría requerir tales medidas. Nótese sin embargo que tales restricciones o prohibiciones sólo serán válidas de estar contenidas en la legislación del país, no se aplican automáticamente por la existencia del numeral en cuestión. Además de la policía y las fuerzas armadas, la **Corte Europea** ha reconocido que ciertas restricciones adicionales podrían ser legítimas e incluso necesarias en el caso de los funcionarios públicos[14], el ejemplo más común es el de los jueces, cuya función de administrar justicia de manera independiente es de plano incompatible con la participación en asociaciones tales como logias, que establezcan vínculos estrechos de jerarquía o solidaridad[15]. La primacía de la independencia judicial sobre el derecho de asociación de los jueces ha sido reconocida además por **Las Naciones Unidas** en sus **Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura**[16]**.** Sin embargo, el caso de los jueces no puede ser considerado el único, pues el mismo principio es aplicable a los funcionarios que imparten justicia administrativa, así como también

---

[12] CrEDH, Case of United Communist Party of Turkey And Others v. Turkey, Judgment of January 30 of 1998.

[13] CrEDH, Case of Freedom And Democracy Party (Özdep) v. Turkey, Judgment of December 8 of 1999.

[14] CrEDH, Case of Rekvényi v. Hungary, Judgment of May 20 of 1999.

[15] CrEDH, Case of Maestri v. Italy, Judgment of February 17 of 2004.

[16] ONU, Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, Proclamados en el Séptimo Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Adoptado el 6 de septiembre de 1985, Aprobado por la Asamblea General Resolución 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

a ciertos tipos de funcionarios, que por las características del puesto que ocupan, requieren que juren lealtad sólo al Estado y no tengan una lealtad divida entre éste y otros grupos. La **CrEDH** a este respecto ha señalado que si bien tal tipo de medidas son compatibles con los derechos humanos su aplicación debe restringirse a lo estrictamente necesario[17] (es decir no se debe aplicar a funcionarios públicos tales como maestras o mensajeros pues sus funciones no lo justifican).

También es un hecho reconocido que el Estado debe preservar la imagen de imparcialidad en su administración, por lo que medidas que establezcan un tope de participación en la administración pública para miembros de una sola asociación son compatibles con los derechos humanos (como las que establezcan un porcentaje máximo de funcionarios que puedan pertenecer a un mismo partido político).

I- Asociaciones con Fines Laborales (Libertad de Sindicalización)

Un tipo especial de derecho de asociación es el llamado derecho de sindicalización o de asociarse con **fines laborales**, la **CrIDH** se refirió a este tipo de asociación en el **Caso Baena Ricardo**, de la siguiente manera: *"La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse"*[18].

---

[17] CrEDH, Case of Grande Oriente D´Italia Di Palazzo Giustiniani v. Italy, Judgment of August 2 of 2001. CrEDH, Case of Vogt v. Germany, Judgment of September 26 of 1995.

[18] CrIDH, Caso Baena Ricardo (270 Trabajadores) v. Panamá, Sentencia de Fondo de 2 de febrero de 2001.

Siguiendo esta línea de razonamiento define cómo se traduce la libertad de asociación en **materia sindical**: "*La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad*"[19]. En este caso se condenó al Estado Panameño por violación a este derecho porque se probó que muchos de los trabajadores despedidos, en aplicación retroactiva de la Ley 25, eran dirigentes sindicales, además fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos.

En el **Caso Huilca Tecse v. Perú** la **CrIDH** ofrece un concepto más amplio de este derecho: "*En su dimensión individual, la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad. Cuando la Convención proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines "de cualquier […] índole", está subrayando que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga. De ahí la importancia de la adecuación con la Convención del régimen legal aplicable a los*

[19] CrIDH, Caso Baena Ricardo (270 Trabajadores) v. Panamá, Sentencia de Fondo de 2 de febrero de 2001.

[20] CrIDH, Caso Huilca Tecse v. Perú, Sentencia de 3 de marzo del 2005.

sindicatos y de las acciones del Estado, o que ocurran con tolerancia de éste, que pudieran hacer inoperante este derecho en la práctica"[20].

El derecho de sindicalización está expresamente reconocido en la **CEDH** y el **PIDCP**, la **CADH** aunque sin utilizar el término "sindicato" reconoce el derecho a asociarse con fines laborales, además aparece reconocido como derecho autónomo en el **PIDESC** y en el **Art. 8.1 (a)** del **PSS**[21]**,** este impone a los Estados el deber de garantizar: "*el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente".* Vale destacar que este **Art. 8.1 (a)**, es uno de los dos artículos justiciables ante el **SIPDH** del **PSS**[22]. Sobre el tema de la libertad sindical los instrumentos internacionales más reconocidos y utilizados son los **Convenios 87**[23] y **98**[24] de la **Organización Internacional del**

---

[21] OEA, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999.

[22] De acuerdo al Art. 19.6 del PSS sólo son justiciables ante el SIPDH el Art. 8.1 (a) relativo a la libertad sindical y el 13 relativo al derecho a la educación. A manera de comentario señalaremos que el motivo por el cual no se aplicó este Art. 8.1 (a) del PSS en el Caso Baena Ricardo v. Panamá es porque el Estado Panameño al momento en que ocurrieron los hechos que motivaron ese caso no había ratificado aún el PSS, por tanto *ratione temporis* la Corte Interamericana no era competente para aplicarlo. Panamá ratificó el PSS el 18 de febrero de 1993.

[23] OIT, Convenio Nº 87 Sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, Adoptado el 9 de julio de 1948 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su trigésima primera reunión, entrado en vigor el 4 de julio de 1950.

[24] OIT, Convenio Nº 98 Sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, Adoptado el 1 de julio de 1949 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su trigésima segunda reunión, entrado en vigor el 18 de julio de 1951.

Trabajo. La diferencia principal entre el derecho de libertad sindical y la libertad de asociación, en términos generales es que la primera el Estado tiene una obligación adicional de crear medidas legislativas o de otra índole para la protección de la actividad sindical, (como por ejemplo, una regulación adecuada del fuero sindical y el fuero de negociación) encaminadas a lograr que los sindicatos sean para los trabajadores medios de protección efectivos contra abusos patronales. Por esas razones, las asociaciones comunes generalmente son reguladas en el ámbito privado mientras que la regulación de la materia sindical generalmente es de orden público.

Al ser una *lex especialis* con respecto a la libertad de asociación, la libertad de sindicalización comprende los mismos aspectos positivos y negativos. Así el derecho de afiliarse a un sindicato, a permanecer sin afiliarse a ninguno y a permanecer en el sindicato del cual se forma parte o a abandonar el mismo. Sin embargo por la importancia social de la materia se da una mayor rigidez en la protección de estos derechos manifestándose en una prohibición absoluta para los empleadores y para los demás sindicalistas de tomar represalias de cualquier tipo contra un empleado o compañero de trabajo por razón de cualquier decisión que tome respecto a su afiliación sindical.

Uno de los medios más efectivos para la defensa de los intereses sindicales es la huelga, sin embargo su reconocimiento en el **artículo 8.1 (b)** del **PSS** ha traído cierta controversia. La doctrina del derecho laboral, así como el Derecho Internacional del Trabajo recogido en los convenidos de la **OIT**, consideran que libertad sindical en su dimensión colectiva implica: el derecho de asociación sindical, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga. Para que exista libertad sindical de acuerdo a esa posición deben tutelarse estos tres derechos, siendo el derecho a huelga un elemento esencial de la libertad sindical.

Sin embargo, el **Protocolo de San Salvador** contempla el derecho a huelga en un literal distinto del que contempla la libertad de asociación sindical[25], de lo que se entiende que el **PSS** contempla ambos derechos de manera distinta y autónoma. Este detalle no sería de relevancia si no fuese porque mientras que el **artículo 8.1 (a)** es declarado como justiciable ante la **Corte Interamericana**, el **artículo 8.1 (b)** no lo es.

Siguiendo la posición dominante de la doctrina de derecho laboral, se ha planteado que debe entenderse que la justiciabilidad de las libertades sindicales incluye la del derecho a huelga, pues ambos, para efectos del derecho de trabajo son inseparables. Sin embargo para efectos del derecho internacional de los derechos humanos debemos señalar que es claro que los Estados Partes del **PSS** no deseaban, al firmar ese tratado internacional, declarar como justiciable el derecho a huelga, y en este caso específico debe primar la voluntad de los Estados Parte. Siguiendo este razonamiento, vemos que la **Corte Europea** ha reconocido al derecho de negociación colectiva como un derecho que se desprende de la libertad de asociación[26], sin embargo, ha opinado lo contrario respecto al derecho a huelga[27].

En lo particular la **CIDH** se ha pronunciado de la siguiente manera: "*La Comisión considera que el derecho de sindicalización es un derecho sustancial y que independientemente de la relación intrínseca que pueda guardar el derecho de libertad de asociación con el derecho de huelga, no basta para probar la violación al derecho de asociación de los trabajadores aduaneros, en los términos que establece la*

---

[25] Como también lo hace el PIDESC.

[26] CrEDH, Case of Wilson, National Union of Journalists And Others v. UK, Judgment of July 2 of 2002. CrEDH, Case of Gustafsson v. Sweden, Judgment April 25 of 1996.

[27] CrEDH, Case of Schmidt And Dahlström v. Sweden, Judgment of February 6 of 1976.

Convención. El hecho de que el Estado negara la posibilidad de ir a huelga, no restringió a los trabajadores para ejercer su derecho de asociación, toda vez que es en esa capacidad de asociados a un sindicato que presentaron el recurso ante la Corte Suprema de Justicia y éste fue admitido"[28]. Por todo lo anterior está claro que en el estado actual del **SIPDH** el derecho a huelga no puede ser ventilado mediante el sistema peticiones individuales del mismo.

En el **Caso Carlos Ranferi Gómez** este organismo encontró al Estado culpable de violar el derecho a la libertad de asociación de un sindicalista, cuando se probó que las amenazas y posterior intento de asesinato de que fue víctima, se daban con un propósito intimidatorio dirigido a detener sus actividades sindicales[29]. En el **Caso 7310,** la **Comisión** declaró que el Gobierno de Nicaragua violó el derecho a la libertad de asociación, al obligar por distintos medios a los miembros del Sindicato de Unión de Trabajadores Marinos Nicaragüenses a afiliarse a la Central Sandinista de Trabajadores (CST) [30].

II- <u>Asociaciones con Fines Profesionales</u>

Otro tipo especial de libertad de asociación, es la libertad de asociación para **fines profesionales** la **CrIDH** ha dicho en su **OC-5** que: *"…la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es per se contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción*

---

[28] CIDH, Milton García Fajardo y Otros v. Nicaragua, Informe de Fondo N° 100/01 del 11 de octubre de 2001.

[29] CIDH, Caso Carlos Ranferi Gómez v. Guatemala, Informe N° 29/96 del 16 de octubre de 1996.

[30] CIDH, Caso 7310 v. Nicaragua, Resolución N° 59/82 de 23 de noviembre de 1982. Este es otro caso donde el Estado nunca respondió al traslado de la demanda, por lo que la Comisión aplicó el Art. 39 de su Reglamento, y procedió a declarar la violación al Art. 16 de la CADH.

de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden"[31]. En un **Voto Separado** de esa misma Opinión, el **Juez Nieto Navia** agregó: "*… los individuos voluntariamente asociados no pueden realizar actividades que correspondan o estén reservadas al poder público, ni que utilicen medios no permitidos para lograr sus propósitos, ni para realizar actividades que estén prohibidas a los seres humanos individualmente considerados"*[32].

A la luz de lo anterior debemos diferenciar entre las asociaciones profesionales comunes que agrupan a personas de una misma profesión las cuales para efectos de este estudio entran dentro de los casos generales de asociaciones y los colegios profesionales oficiales. Los colegios profesionales oficiales son agrupaciones de profesionales a las que los Estados otorgan ciertas funciones de carácter público, como podrían ser otorgar las licencias para el ejercicio de determinada profesión, administrar justicia disciplinaria en procesos que pueden incluso conllevar la revocatoria de la licencia o elaborar los planes de Estudios oficiales para el estudio de su profesión.

Es indudable que el Estado puede crear entes públicos con el fin de regular, vigilar y supervisar el ejercicio de determinadas profesio-

---

[31] CrIDH, Opinión Consultiva 5 de 13 de noviembre de 1985, Sobre la colegiación obligatoria de periodistas. En este caso la Corte determinó que la Ley de Colegiación Obligatoria de Periodistas era contraria a la CADH porque no puede supeditarse el ejercicio del derecho a la libertad de expresión al hecho de estar afiliado a una determinada asociación, sin cuya afiliación no pueda ejercerse tal derecho.

[32] CrIDH, Opinión Consultiva 5 de 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas, Opinión Separada del Juez Rafael Nieto Navia.

nes, lo que no conlleva violación alguna de la libertad de asociación[33]. El tema se torna complejo es cuando el Estado decide delegar esas funciones de carácter público en asociaciones de carácter privado, constituidas bajo normas del derecho privado y que se rigen a lo interno por sus propios estatutos. Tal delegación de funciones no es *per se* incompatible con los derechos humanos, pero la legislación que delega las funciones no puede estar acompañada de normas que compelan a todos los que deseen ejercer una profesión a colegiarse en el colegio oficial, ni a pagar cuotas de membresía al mismo ni que permitan al colegio oficial discriminar en el ejercicio de la profesión o la enseñanza de la misma a quienes no desean colegiarse, así como tampoco podrá prohibirse la creación de otras asociaciones dentro de profesionales del mismo ramo pues tal tipo de disposiciones son medidas contrarias a la libertad de asociación[34]

III- Asociaciones con Fines Religiosos

La libertad de asociación con **fines religiosos** ya fue abordada en su momento cuando nos referíamos a la libertad de conciencia y religión. Sin embargo, en los ya anteriormente citados **Casos Lorein Laroye Riebe Starr y Otros v. Méjico**, y **Diana Ortiz v. Guatemala**, la CIDH encontró culpable al Estado de violar el derecho a la libertad de asociación con fines religiosos de la víctimas.

En el primer caso, este grupo de sacerdotes fue secuestrado y expulsado sumariamente de Méjico, con el agravante de no permitírseles regresar bajo ningún tipo de categoría migratoria. Estos sacerdotes

[33] CrEDH, Case of Albert And Le Compte v. Belgium, Judgment of February 10 of 1983. CrEDH, Case of Le Compte, Van Leuven And Meyere v. Belgium, Judgment of June 23 of 1981.

[34] CrEDH, Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland, Judgment of September 26 of 1995. CrIDH, Opinión Consultiva 5 de 13 de noviembre de 1985, Sobre la colegiación obligatoria de periodistas.

durante largos años de residencia legal en el país habían establecido fuertes vínculos asociativos con distintas organizaciones de carácter privado en el Estado de Chiapas. Los peticionarios destacaron que estos proyectos a los cuales estaban asociados brindaban beneficios económicos y sociales directos a muchos de los indígenas de la región. Tomando en cuenta esto y lo ya ventilado en el caso sobre la opción religiosa de los sacerdotes, la **Comisión Interamericana** consideró que la decisión de expulsarlos de manera arbitraria constituyó una violación al derecho de asociarse libremente con fines religiosos, ya que se les impidió de manera definitiva reunirse con sus feligreses en Chiapas[35]. De igual forma en el segundo de los casos que señalamos como ejemplo, la víctima, una monja católica, se vio obligada a huir a Estados Unidos para escapar de la persecución y agresión de que fue objeto por parte de agentes del Gobierno de Guatemala. En vista de lo cual ya no podrá asociarse con fines religiosos con los indígenas de la región donde trabajaba, ni con otras organizaciones de la Iglesia Católica guatemalteca. Por lo cual se le violó el derecho a la libertad de asociación[36].

IV- Asociaciones con Fines Políticos

Otro tipo especial de manifestación de este derecho son los partidos políticos que tienen como finalidad canalizar la voluntad política de los asociados, sobre los mismos nos dice el **CDHONU:** "*El derecho a la libertad de asociación, incluido el derecho a formar y adherirse a organizaciones y asociaciones relacionadas con asuntos políticos y públicos, es un adjunto esencial a los derechos protegidos por el artículo 25. Los partidos politicos y la membresía en partidos juega un*

[35] CIDH, Caso Loren Laroye Riebe Star y Otros v. Méjico, Informe de Fondo N° 49/99 del 13 de abril de 1999.

[36] CIDH, Caso Diana Ortiz v. Guatemala, Informe de Fondo N° 31/96 del 16 de octubre de 1996.

papel significativo en la conducción de los asuntos públicos y el proceso electoral Los Estados deben asegurar que, en su manejo interno, los partidos políticos respeten las normas aplicables del artículo 25 a fin de permitir a los ciudadanos ejercer sus derechos ahí contemplados"[37]. Este tipo de asociación lo analizaremos en el capítulo referente a los derechos políticos.

Este derecho también está consagrado en la **DADH Art. XXII**, **DUDH Art. 20 (1)** y **20 (2)**, **CADH Art. 10** y **CEDF Art. 12**

[37] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 25: Participation in public affairs and right to vote, 2000.

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia y a la Libertad de Matrimonio

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH Artículo 17. Protección a la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.	**CEDH** **Artículo 8. Derecho al respeto de 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 ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. **Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio** A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.	**PIDCP** **Artículo 23** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. **PSS** **Artículo 15[1]. Derecho a la Constitución y Protección de la Familia** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a. Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b. Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades físicas intelectuales y morales; d. Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.		**PIDESC** **Artículo 10** Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

[1] Este no es uno de los artículos justiciables del PSS, de acuerdo a su Art. 19.6, sin embargo puede servir de base interpretativa para Art.17 de la CADH.

Este derecho es uno de los más complejos y abarcadores ya que aparece recogido tanto en los tratados referentes a derechos civiles y políticos (como la **CADH** y el **PIDCP**) como en los referentes a derechos económicos, sociales y culturales (como el **PSS** y el **PIDESC**). En la **CEDH,** específicamente, solo aparece referencia expresa al derecho a contraer matrimonio, más no a las otras disposiciones que en los otros tratados forman parte de este derecho, por lo que la **CrEDH** y la **Comisión Europea** abordan desde la óptica del derecho a la vida privada y familiar los temas que en los otros sistemas son enmarcados dentro del derecho autónomo a la protección de la familia.

I- Concepto de Familia

Cabe recordar, como ya hemos señalado, que el término familia tiene un contenido propio para el **DIDH**, que es independiente de las definiciones de familia vigentes en los derechos internos de los Estados. Así ha dicho la **CrIDH** citando a la **Corte Europea**: "*Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio*"[2].

II- Protección de la Familia y Derecho de Convivencia

Esto hace referencia a la obligación estatal de asegurar que se pueda dar la convivencia entre los familiares, por un lado absteniéndose de tomar medias ilegítimas que imposibiliten o dificulten esa convivencia y por otro, tomando progresivamente las medidas positivas necesarias para tal fin.

[2] CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos del niño.

La **CrIDH** abordó la interpretación de este derecho tangencialmente en su **Opinión Consultiva 17** y dijo al respecto que: "*El Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*", y citando a la **CrEDH**: "*La Corte Europea ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada*" [3].

La **CIDH** se refirió también a este derecho en el **Caso X e Y,** en aquella ocasión lo hacía en el contexto de las personas que van a visitar a sus familiares en la cárcel, veamos qué dijo la **CIDH**: "*El artículo 17 reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. Es un derecho tan básico de la Convención que se considera que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El derecho a la vida de familia puede sufrir ciertas limitaciones inherentes al mismo. Hay circunstancias especiales, como el encarcelamiento o el servicio militar que, aunque no suspenden el derecho, inevitablemente afectan su ejercicio y no permiten que se disfrute plenamente de él. Si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce plenamente de la familia al separar forzosamente a uno de sus miembros, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos*" [4].

---

[3] CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos del niño.

[4] CIDH, Caso X e Y v. Argentina, Informe de Fondo 38/96 de 15 de octubre de 1996.

Siguiendo con el análisis de casos de la **CIDH**, vemos que en los, no tan recientes, **Casos 7602**[5] **y 7898**[6]**,** ambos contra Cuba, la **Comisión Interamericana** consideró que el no permitir la salida de ciudadanos cubanos de la isla, que buscaban reunirse con sus familiares en otros países violaba, entre otros derechos, el derecho a recibir protección para la familia[7]. Los hechos que constituyeron estas violaciones son consecuencia de la política migratoria del Gobierno Cubano en la década del 80.

El **CDHONU** también se ha referido a este derecho indicando que: "*La posibilidad de convivir implica la adopción de medidas apropiadas, tanto al nivel interno en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o reunificación de las familias, particularmente cuando sus miembros están separados por razones económicas, políticas o similares*"[8].

III- Igualdad de Derecho Entre los Cónyuges

En este ámbito se ha ido logrando la abolición de las legislaciones que daban al cónyuge varón toda una seria de ventajas jurídicas respecto a la cónyuge mujer y de aquellas legislaciones que contenían presunciones a favor de la madre en lo relativo a pleitos de custodia que aunque no tan comunes también existían en un gran número de Estados.

---

[5] CIDH, Caso 7602 v. Cuba, Resolución N° 6/82 del 8 de marzo de 1982.

[6] CIDH, Caso 7898 v. Cuba, Resolución N° 11/82 del 8 de marzo de 1982.

[7] Naturalmente como Cuba no es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, el fundamento legal de ambas resoluciones es el Art. VI de la Declaración Americana de Derechos Humanos, que también contiene el derecho a la protección familiar. Otra observación que debemos hacer es que en ambos casos el Gobierno Cubano se negó a dar información a la Comisión Interamericana una vez ésta le dio traslado de las denuncias, por lo que se tuvieron por ciertos los hechos alegados por los peticionarios.

[8] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 19: The family, 1990.

La **OC-4** de la **CrIDH** establece que el **artículo 17.4** de la **CADH** es la aplicación concreta de los principios generales de igualdad ante la ley (**Art. 24**) y de prohibición de toda discriminación en razón de sexo (**Art. 1.1**), al matrimonio[9]. El **CDHONU** nos indica que la igualdad de derechos debe darse no solo durante el matrimonio sino también con respecto a la contracción y disolución del mismo[10].

En este mismo sentido se pronunció la **CIDH** en el emblemático **Caso María Eugenia Morales de Sierra,** diciendo que: "*El artículo 17(4), que deriva del artículo 16(1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es la aplicación concreta del principio general de igual protección y no discriminación en el matrimonio, del artículo 24 de la propia Convención Americana… El artículo 17(1) de la Convención Americana establece los derechos vinculados a la vida familiar de acuerdo con la disposición de que, como elemento natural y fundamental de la sociedad, la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado. El derecho a contraer matrimonio y fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, aunque las limitaciones que por esa vía se introducen no deben ser tan restrictivas que se dificulte la propia esencia del derecho".*

"*Los peticionarios han indicado que los citados artículos del Código Civil impiden a la esposa y al marido el ejercicio equitativo de sus derechos y el pleno cumplimiento de sus responsabilidades en el matrimonio… El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia -de jure- para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones*

[9] CrIDH, Opinión Consultiva 4 del 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

[10] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 19: The family, 1990.

del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación -de facto- contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de ambos padres" [11].

En este caso el Código Civil Guatemalteco diferenciaba claramente cuál debía ser el papel del de cada uno de cónyuges dentro del matrimonio, establecía en principio que la mujer debía tener consentimiento del marido para trabajar fuera de la casa y que solamente éste podía administrar el patrimonio conyugal. Es normal que durante muchas décadas los códigos civiles de Latinoamérica hayan contenido (o en algunos casos aún contienen) disposiciones como las mencionadas en este caso[12], y es comprensible si tomamos en cuenta cómo se configuraban las relaciones familiares en la época histórica en que fueron aprobados y aplicados. Lo recomendable es modificar estas disposiciones civiles o crear una legislación de familia que sea autónoma y que esté de acuerdo a la evolución actual de los derechos humanos. La interpretación que hizo la **CIDH** en este caso integró algunos conceptos de igualdad ante la ley y de derechos humanos de la mujer, los cuales veremos con más detenimiento más adelante en este manual.

El **CDHONU** ha señalado enfáticamente que se encuentran prohibidas las distinciones por razón del sexo de los cónyuges respecto

---

[11] CIDH, Caso María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala, Informe de Fondo 4/01 de 19 de enero de 2001.

[12] Tampoco es nuestra función ahondar en los detalles del derecho civil Guatemalteco, ni mucho menos menospreciar la legislación de ese país hermano y amigo con el que guardamos estrechos lazos de amistad, que actualmente ya ha modificado su legislación equiparando los derechos y deberes de ambos cónyuges.

a la adquisición o perdida de una nacionalidad, la conservación del apellido propio o la elección de un apellido nuevo, la elección del domicilio conyugal, la educación de los hijos o la administración de los bienes familiares[13].

Respecto a la igualdad de derechos en los divorcios, el **CDHO-NU** estableció que: "*Cualquier trato discriminatorio con respecto a las bases y procedimientos para la separación o divorcio, custodia de los niños, pensiones o alimentos, derechos de visitas o la pérdida o recuperación de la patria potestad debe estar prohibido, teniendo presente el interés superior del niño en este respecto*"[14].

IV- Libertad en la Constitución de la Familia

Somos de la opinión que el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia implica la potestad inherente y privativa de los padres a decidir el número y espaciamiento de sus hijos, sin que el Estado pueda impedírselo. En este sentido la **Declaración para el Progreso y el Desarrollo en lo Social**[15] establece en su **Art. 4**: "*La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad.* ***Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos***" (la negrita es nuestra). Incluso, a nuestro juicio, el derecho a fundar una familia implica también el derecho de los padres a decidir el método por el cual desean tener a sus hijos de acuerdo a los avances de la genética y la ginecología, siempre que estos métodos

[13] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 19: The family, 1990.

[14] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 19: The family, 1990.

[15] ONU, Declaración Sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, Proclamada por Asamblea General en su Resolución 2542, el 11 de diciembre de 1969.

sean permitidos por la legislación. De igual manera y conforme al aspecto negativo de este derecho, el mismo también implica la libertad de las personas de utilizar los métodos de control de la natalidad que tengan a bien, sin perjuicio de las regulaciones impuestas para protección de los fetos en el vientre materno. El **CDHONU** al respecto ha observado que: "Cuando los Estados partes adopten políticas de planeación familiar, éstas deben ser compatibles con las normas del Pacto y deben, en particular, **no ser discriminatorias o coercitivas**"[16] (el resaltado es nuestro).

La **Corte Europea** ha sostenido que el derecho de matrimonio no incluye el derecho divorcio[17], esto fundamentándose en los trabajos-preparativos de la **Convención Europea** de los cuales se desprende que la intención de los estados Partes de este tratado no era la de reconocer el derecho ha divorcio, sin embargo siempre y cuando esta intención no se manifestó expresamente en el tratado no podemos compartir dicha posición puesto que sería contrario al principio *in-dubio pro homine* regla de hermanéutica regente en el derecho internacional de los derechos humanos.

V- <u>Libertad de Matrimonio</u>

La **Corte Europea** ha sostenido que el derecho de matrimonio no incluye el derecho a divorcio[18], esto fundamentándose en los trabajos preparativos de la **Convención Europea** de los cuales se desprende que la intención de los Estados Partes de ese tratado no era la de reconocer al derecho a divorcio, sin embargo no podemos compartir esa

[16] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 19: The family, 1990.
[17] CrEDH, Case of Fretté v. France, Judgment of February 26 of 2002.
[18] CrEDH, Case of Johnston and Others v. Ireland, Judgment of December 18 of 1986.

posición porque de acuerdo al principio *indubio pro homine* regla de hermenéutica regente en el derecho internacional de los derechos humanos, los trabajos preparatorios no pueden ser utilizados para hacer una interpretación más restrictiva de un derecho consagrado.

De los textos de la **CADH**, **CEDH** y **PIDCP** se desprende la institución de una verdadera libertad de matrimonio, por lo que consideramos que al matrimonio se deben aplicar las reglas generales aplicables a las libertades fundamentales. Todas las libertades comprenden también un aspecto negativo, en ese sentido el derecho de matrimonio para que su tutelaje sea efectivo debe ser interpretado de manera que comprenda el derecho a no ser compelido a contraer matrimonio contra voluntad y a no ser forzado a permanecer en estado de matrimonio.

Como ha dicho el **Juez De Mayer**, una ausencia total de recursos civiles para disolver un matrimonio haría inefectivo el derecho de "volver a contraer matrimonio"[19], el cual sí ha sido reconocido por la **Corte Europea**[20]. A nuestro juicio, el derecho de matrimonio no es efectivamente tutelado en Estados que contienen una prohibición absoluta del divorcio o lo regulan de manera tan estricta que no es verdaderamente accesible. Aunque este tipo de normas se fundamentan en el deseo de proteger a la familia como institución, tal fin, por sí solo, no justifica el negar un derecho humano reconocido. Además la prohibición del divorcio generalmente se hace por razones de naturaleza religiosa, y en Estados donde la religión oficial o mayoritaria no aprueba el divorcio. De forma tal, que la prohibición se convierte en una forma de imposición por parte del Estado de una creencia religiosa.

[19] CrEDH, Case of Johnston and Others v. Ireland, Judgment of December 18 of 1986, Separate Opinion, Partly Dissenting and Partly Concurring, of Judge De Meyer.

[20] CrEDH, Case of F. v. Switzerland, Judgment of December 18 of 1987.

Nótese sin embargo, que disposiciones legales que impongan obligaciones como la de asistir a terapia matrimonial antes de otorgar el divorcio, no son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos. Por otro lado la **Corte Europea** ha encontrado que las normas que establezcan un periodo de inhabilidad para contraer matrimonio después de haber obtenido un divorcio (como las que se imponen para castigar al cónyuge encontrado responsable del divorcio) son violatorias del derecho de matrimonio[21].

Bajo los mismos principios, legislaciones penales retrógradas que obliguen a un hombre que ha desflorado a una mujer virgen de cierta edad, a contraer matrimonio bajo pena de cárcel son contrarias al aspecto negativo del derecho de matrimonio (por ejemplo el delito de estupro en algunos países). En cambio, las prohibiciones por razón de grados de parentesco entre los cónyuges o incapacidad mental de uno de los contrayentes podrían ser aceptables.

La **CADH** así como la mayoría de los documentos internacionales de derechos humanos reconocen el derecho de matrimonio sólo para parejas de sexos opuestos. Sin embargo, es importante observar que la **Carta de Derechos Fundamentales de la Comunidad Europea** (uno de los documentos internacionales de derechos humanos de más reciente adopción), en su **Art. 9** omite hacer esta especificación, probablemente, como ha dicho la **Corte Europea** a propósito de ser más acorde con las necesidades actuales[22].

Pese a lo anterior, debemos concordar con la **Corte Europea**[23] en que no se puede dar una interpretación a la **CEDH** (ni a la **CADH,** ni el **PIDCP**) en un sentido de extender el derecho de matrimonio a

---

[21] CrEDH, Case of F. v. Switzerland, Judgment of December 18 of 1987.
[22] CrEDH, Case of Christine Goodwin v. UK, Judgment of July 11 of 2002.
[23] CrEDH, Case of Christine Goodwin v. UK, Judgment of July 11 of 2002. CrEDH, Case of I. v. UK, Judgment of July 11 of 2002.

las parejas del mismo sexo, pues los Estados Partes expresamente se obligaron sólo a reconocer ese derecho a parejas de distinto sexo y la hermenéutica *pro homine* no puede ser utilizada para realizar una interpretación contraria a la voluntad expresa de los Estados Partes.

Un área más gris se presenta en el ámbito del reconocimiento del derecho de matrimonio a personas transexuales con otras de su mismo sexo biológico, en cuanto a este punto no hay disposición expresa en ninguno de los Tratados de **DIDH** que diga qué parámetros deben evaluarse para considerar a una persona como hombre o mujer, es obvio que los Estados contratantes al momento de firmar los tratados estaban pensando solamente en los factores biológicos determinantes del sexo, sin embargo el principio de desarrollo progresivo de los derechos humanos plantea la duda de si ante las condiciones actuales otro tipo de elementos también deban ser evaluados. Respecto a este tema la **Corte Europea** sostuvo por mucho tiempo que el negar este tipo de matrimonio no era violatorio de los derechos humanos[24] pero recientemente ha decidido cambiar el sentido de su jurisprudencia y determinar que es una obligación estatal el conceder a las personas en esa situación el derecho al matrimonio[25]. Esta última interpretación es a nuestro parecer discutible, sin embargo, reconocemos que no carece de sustento y que de llevarse el principio *indubio pro homine* hasta sus últimas consecuencias puede ser aceptable.

En cuanto a la edad para contraer matrimonio ni la **CADH,** ni la **DADH,** ni el **PIDCP**, establecen una edad mínima para contraer matrimonio, la **DUDH** esboza un concepto al hablar de *"edad núbil".*

[24] CrEDH, Case of Van Oosterwijck v. Belgium, Judgment of November 6 of 1980. CrEDH, Case of Rees v. UK, Judgment of October 17 of 1986. CrEDH, Case of Sheffield and Horsham v. UK, Judgment of July 30 of 1998.

[25] CrEDH, Case of I v. UK, Judgment of July 11 of 2002. CrEDH, Case of Christine Goodwin v. UK, Judgment of July 11 of 2002.

[26] ONU, Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios, Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en Resolución 1763, del 7 de noviembre de 1962. Entrada en vigor el 9 de diciembre de 1964.

Lo cierto es que tampoco la **Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios**[26] establece en su **artículo 2** ninguna edad en especial, simplemente se limita a señalar el deber de los Estados Partes de establecer en la legislación una edad mínima sin la cual no debería permitirse el matrimonio. En cambio la **Recomendación sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio, y el Registro de los Matrimonios**[27] sí establece en su **Principio II** una edad mínima de quince años, antes de la cual nadie deberá contraer matrimonio salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad. Ahora bien, recordemos que esto es sólo una recomendación, tocará a la legislación interna de cada país establecer este requisito, tomando en cuenta que no sea una edad demasiado temprana y vigilando siempre que se atienda al principio del interés superior del menor. Cabe mencionar que en muchos Estados todavía están vigentes normas que establecen una edad mínima menor para las mujeres que la que se establece para los hombres, este tipo de disposiciones son contrarias a los derechos humanos y a la evolución actual del saber científico que ha superado la idea de que las mujeres adquieren madures mental y sentimental a edad más temprana que los hombres.

Coincidimos con el **Juez Sergio García Ramírez** en considerar que la protección que ofrece el **Art. 17** de la **CADH,** no es privativa de los matrimonios civiles de carácter "contractual", sino que incluye a las uniones de hecho también. Así, dijo el referido Magistrado: "*Es evidente que el matrimonio, como contrato o institución del Derecho*

[27] ONU, Recomendación sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio, y el Registro de los Matrimonio, proclamada por la Asamblea General en su Resolcución 2018 (XX), Adoptada el 1 de noviembre de 1965.

civil, no constituye --y menos aún en muchos países americanos-- la única forma de formar una familia. El Derecho familiar moderno ha girado apreciablemente en el sentido que la libertad, la equidad y la realidad imponen. Estas otras formas de integrar la unión doméstica, producto de la libre decisión de las personas, merecen el respeto y la salvaguarda de la ley y de las instituciones, como lo acredita el Derecho comparado"[28] (a nuestro juicio el matrimonio no debe ser considerado como un contrato).

En el **numeral 3** del **Art. 17** de la **CADH** consagra el *"libre y pleno consentimiento de los cónyuges"* como *conditio sine qua non* para la celebración del matrimonio, el cual también es contemplado así en la **DUDH** y el **PICDP.** La **Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios** establece este principio con un poco más de amplitud en su **Art. 1.1:** *"No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresados por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley".* Y el **Art. 1.2:** *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y de modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente".* Este mismo criterio es expresado por el **Principio I (a)** de la **Recomendación sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio, y el Registro de los Matrimonios.** Este último documento simplemente es un poco más claro al referirse al consentimiento por poder, en este sentido el **Principio I (b)** dice: *"Sólo se permitirá el matrimonio por*

[28] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

poder cuando las autoridades competentes estén convencidas de que cada una de las partes ha expresado su pleno y libre consentimiento ante una autoridad competente, en presencia de testigos y del modo prescrito por la ley, sin haberlo retirado posteriormente". Respecto a lo anterior debemos hacer notar que la **Corte Europea** ha señalado que las obligaciones estatales relativas al derecho de matrimonio son solo relativas al acceso a la institución y la protección de la misma dentro de su jurisdicción pues el reconocimiento de los matrimonios contraídos fuera de la jurisdicción estatal es un tema que compete únicamente al derecho internacional privado[29].

VI- Medidas Positivas de Orden Social y de Desarrollo Progresivo

Como ya hemos mencionado, el derecho a la protección de la familia también aparece contemplado en los tratados de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a raíz de eso el **CDESCONU** y el **CDNONU** han señalado a lo largo de sus diversas observaciones generales una serie de medidas positivas que el Estado progresivamente deberá ir desarrollado para llegar a satisfacer plenamente este derecho, entre las que podemos mencionar:

a) Planes de apoyo social y económico para ayudar a las familias de escasos recursos a atender en casa a sus familiares ancianos o discapacitados[30].

[29] CrEDH, Case of Sheffield and Horsham v. UK, Judgment of July 30 of 1998.
[30] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5: Persons with disabilities, 1994. ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 6: The economic, social and cultural rights of older persons, 1995.
[31] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14: The right to the higuest attainable standart of health, 2000.

b) Medidas para reducir la mortalidad infantil y de las madres durante el embarazo, haciendo énfasis en el cuidado pre y post natal[31].

c) Programas educativos sobre la planificación familiar y la salud reproductiva[32].

d) Programas de apoyo moral y económico a los padres y madres adolescentes[33].

e) Programas de asistencia tanto para los padres como para los propios adolescentes para combatir problemas comunes como

Este derecho está consagrado también en: la **DADH Art. VI, DUDH Art. 16, CADF Art. 18** y **CEDF Arts. 9** y **33**

[32] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14: The right to the higuest attainable standart of health, 2000.

[33] ONU, Committee on The Rigths of The Child, General Comment No. 4: Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child, 2003.

[34] ONU, Committee on The Rigths of The Child, General Comment No. 4: Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child, 2003.

Derecho al Nombre

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 18. Derecho al Nombre** Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.	No Reconocido expresamente	**PIDCP** **Artículo 24(2)** Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

Ciertamente este es un derecho que cuenta con muy poco desarrollo jurisprudencial, podemos decir que es el derecho de cada persona a contar con un nombre que le atribuya identidad jurídica. En ese sentido es un derecho complementario al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Es importante señalar, con relación a este derecho, que por nombre debemos entender no sólo el nombre en el sentido común, sino el conjunto todos los elementos que conforman normalmente un nombre en un sistema jurídico determinado, tales como los apellidos.

El **Comité** de **Derechos Humanos** de la **ONU** se refirió a la importancia del nombre para la protección de los derechos del niño: "*Todo niño tiene el derecho a ser registrado inmediatamente luego del nacimiento y a tener un nombre. En opinión del Comité, esta norma debe ser interpretada como estrechamente relacionada a la norma concerniente al derecho a normas especiales de protección y está diseñada para promover el reconocimiento de la personalidad jurídica del niño. Reconociendo que el derecho a tener un nombre es de especial importancia en el caso de los niños nacidos fuera del matrimonio. El propósito principal de la obligación de registrar al niño luego del nacimiento es reducir el riesgo de secuestro, venta o tráfico de niños, u otros tipos de tratos que son incompatibles con el goce de los derechos*

reconocidos en el Pacto"[1]. La **CrEDH,** a pesar de que la **CEDH** no contiene una norma expresa sobre el derecho al nombre, se ha referido a la importancia de los nombres a la luz del derecho a la vida privada y familiar reconociendo al nombre "*como un medio para la identificación personal y la vinculación con una familia*"[2].

Dicho esto debe anotarse que en el caso de niños, el titular del derecho al nombre lo es el propio niño, por lo tanto no puede interpretarse este derecho como un derecho de los padres a escoger el nombre del niño. En base a esto, las normas, que en miras al interés superior del niño limiten las facultades de los padres para nombrar los niños (prohibiendo nombres que por su significado puedan estigmatizar a los niños), son perfectamente compatibles con el **DIDH**[3].

El derecho al nombre tampoco puede entenderse como un derecho a cambiar el nombre que se tiene. De acuerdo a los criterios de la **CrEDH** dentro del derecho a la vida privada y familiar no existe un derecho a cambiar al nombre[4] y atendiendo al fin que se persigue con el reconocimiento del derecho al nombre tampoco se podría afirmar que tal derecho existe bajo los sistemas que sí reconocen expresamente el derecho al nombre. Pese a lo anterior, y al igual que ocurre con el derecho a la nacionalidad, si bien no existe un derecho como tal a un nombre específico ni ha cambiar el que se tiene sí se debe entender que existe un derecho a no ser despojado arbitrariamente del nombre que se posee[5]. Ahora bien, muchísimas legislaciones sí permiten el cambio de nombre.

---

1 ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 17: Rights of the child, 1989.

2 CrEDH, Case of Znamenskaya v. Russia, Judgment of June 2 of 2005.

3 CrEDH, Case of Guillot v. France, Judgment of October 24 of 1996, en este caso la CrEDH se refirió a estos sistemas pero desde el punto de vista del derecho a la vida privada y familiar.

4 CrEDH, Case of Stjerna v. Finland, Judgment of November 25 of 1994.

5 La CIDH el 10 de abril de 2002 dictó una medida cautelar para la protección del derecho al nombre de una niña a quien se le iba a modificar el nombre al ser dada en adopción sin estar resueltos previamente los derechos de sus padres (Argentina).

Derecho a la Nacionalidad

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH Artículo 20. Derecho a la nacionalidad 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra 3. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla	No Reconocido expresamente	**PIDCP** **Artículo 24 (3)** Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Para efectos del análisis de este artículo, es necesario tener presente la diferencia esencial existente entre el concepto de "nacionalidad" y el de ciudadanía, este último se refiere a la capacidad de ejercicio de los derechos políticos. El hecho de que en los sistemas de derecho anglosajón se de al término "citizenship" un valor similar al dado en los sistemas jurídicos de corte romanista al concepto de "nacionalidad", puede ocasionar confusiones. La **CIDH** en el **Caso de Álvaro J. Robelo G.** explicó el concepto de ciudadano de la siguiente manera: "*El ciudadano es el sujeto de derechos políticos que interviene ejerciéndolos en el gobierno de un país*".

La **Comisión Interamericana** ha explicado, en el caso arriba citado, el concepto de nacionalidad de la siguiente manera: "*La nacionalidad está relacionada con el concepto de Nación. El nacional de un Estado es el individuo que pertenece a un grupo particular y comparte factores comunes como el origen, historia, costumbres, idioma, y la conciencia de un destino común, aunque no necesariamente pertenezca al Estado. La nacionalidad es un lazo cultural e histórico que une al individuo con la Nación. Existe un elemento de solidaridad racial,*

política e institucional que constituye a la Nación. Es el estado propio de la persona nacida o naturalizada en una nación"[1].

La **CrIDH** por su parte, se refirió por primera vez a este derecho en su **Opinión Consultiva 4**, a raíz de una consulta planteada por el Gobierno de Costa Rica, con el fin de conocer la opinión de la **CrIDH** con relación a una propuesta de modificación de la Constitución de ese país, en el articulado referente a los requisitos exigidos para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización.

En la referida Opinión Consultiva, la **Corte Interamericana** definió el concepto **nacionalidad** como: "*El vínculo político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática… La nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil*"[2].

Vemos que la definición ofrecida por la **CrIDH** se refiere al **concepto jurídico** o **formal** de nacionalidad mientras que la brindada por la **CIDH** se refiere al **concepto político** o **sociológico** del mismo término. Debemos preguntarnos a cuál de estos conceptos se refiere el derecho humano a la nacionalidad, para determinar entonces cuál es el verdadero objeto de su protección.

En un precedente que no compartimos, la **Corte Internacional de Justicia** determinó que el **aspecto formal** de la nacionalidad sólo tiene valor en las relaciones entre el Estado y el individuo mientras

[1] CIDH, Caso Alvaro José Robelo Gonzáles v. Nicaragua, Informe de Inadmisibilidad Nº 25/01 del 5 de marzo de 2001.

[2] CrIDH, Opinión Consultiva 4 de 11 de enero 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

que para el derecho internacional y las relaciones con terceros es el **aspecto fáctico** es el que debe tomarse en cuenta[3].

Por el contrario, para el **DIDH** es el aspecto formal de la nacionalidad el que tiene relevancia, pues el derecho humano a la nacionalidad es el derecho a la protección jurídica que tanto para el derecho interno, como para el internacional, implica el hecho de ser formalmente reconocido como nacional de un Estado.

A la luz de lo anterior, y esquematizando los criterios expresado por la **CrIDH,** vemos que este derecho tiene un doble aspecto[4]:

a. Dotar al individuo de un de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado.
b. El de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo.

En cuanto a los requisitos que se puedan exigir en un Estado para la obtención de la nacionalidad, éstos son competencia exclusiva del derecho interno. El **CDHONU** ha señalado que no es una obligación estatal el aplicar el principio del ***jus soli***[5]. Tampoco lo es la de aplicar el principio del ***jus sanguini*** o la de otorgar nacionalidad formal a quienes tienen los vínculos materiales que constituyen el concepto **sociológico fáctico** de nacionalidad. Y es que el derecho humano a la

---

[3] CIJ, Case of Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6 of 1955.

[4] CrIDH, Opinión Consultiva 4 de 11 de enero 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

[5] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 17: Rights of the child, 1989.

nacionalidad es el derecho a ser nacional de un Estado y no a la nacionalidad de un Estado determinado.

Por ende, el Estado tiene la potestad de aumentar o disminuir estos requisitos de acuerdo a los intereses de su política migratoria. Sin embargo esta discrecionalidad no es absoluta, tiene ciertos límites, impuestos en términos generales por el derecho internacional y en especial por el derecho internacional de los derechos humanos. De ahí que la **Corte Interamericana** haya reconocido que ara una adecuada interpretación del derecho a la nacionalidad, es necesario conjugar armoniosamente[6], estos dos aspectos mencionados.

En cuanto al fondo de la **Opinión Consultiva** que hemos estado analizando, la **CrIDH** no encontró incompatible con el **Art. 20** de la **CADH**, la propuesta de reforma tendiente a aumentar los requisitos exigidos a los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que deseen obtener la nacionalidad costarricense por naturalización. Independientemente de las consideraciones políticas o de otra índole que hayan motivado las mencionadas reformas, las cuales no tienen relevancia para la evaluación jurídica que hizo el Tribunal.

Un Estado está obligado a no establecer discriminaciones en la forma en que sus nacionales transmiten su nacionalidad, por esa razón, en cuanto al privilegio que se le daba al cónyuge extranjero para obtener la nacionalidad, la **CrIDH** observó que era incompatible con el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la familia, que este beneficio sólo se otorgue a la mujer extranjera que se case con un varón costarricense, y no al varón extranjero que se case con una mujer de ese país.

[6] CrIDH, Opinión Consultiva 4 de 11 de enero 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

En ese mismo sentido, el **Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas** señaló que los regímenes matrimoniales deben establecer igualdad de derechos para que ambos cónyuges transmitan su nacionalidad a sus hijos[7]. Además estableció que "*Ninguna discriminación en relación a la adquisición de la nacionalidad será admisible bajo el derecho interno tal como entre el niño legítimo y el nacido fuera del matrimonio o de padres apátridas o basada en el status de nacionalidad de uno o ambos de los padres*"[8]. El **Comité para la Erradicación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas** también se ha pronunciado en este sentido señalando que la nacionalidad no debe perderse por razón del matrimonio o de la disolución del matrimonio, y en el caso de la mujer por razón de que su esposo o padre la cambiasen[9].

El renunciar a una nacionalidad o el adoptar una nueva por naturalización son actos voluntarios personalísimos que no pueden hacer los padres por los hijos o un cónyuge por el otro. Sin embargo, la práctica común de que una persona pierda su nacionalidad originaria al adoptar una nueva mediante naturalización aún sin renunciar expresamente a la primera es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos. Así vemos que la **CIDH** frente a un caso donde se aplicó esta práctica no la señaló en ningún momento como violatoria de los derechos humanos[10].

No podemos perder de vista que aun cuando las leyes migratorias no establezcan diferencias discriminatorias a las personas de una na-

---

[7] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 28: The equality of rights between men and women, 2000.

[8] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 17: Rights of the child, 1989.

[9] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 28: The equality of rights between men and women, 2000.

[10] CIDH, Caso Álvaro José Robelo Gonzáles v. Nicaragua, Informe de Inaddmisibilidad Nº 25/01 del 5 de marzo de 2001.

cionalidad determinada, de una raza determinada o de una religión en particular, puede darse el caso que al momento de que las autoridades apliquen estas leyes (en teoría no discriminatorias) lo hagan de tal forma que pongan obstáculos o trabas a una categoría específica de personas.

Entrando a examinar un caso contencioso, vemos que en **Caso Ivcher Bronstein**, la **CrIDH** encontró que el derecho a la nacionalidad se violó cuando las autoridades del Estado privaron a la víctima arbitrariamente de su nacionalidad revocándosela arbitrariamente, primero no se siguió el procedimiento señalado en la ley para tal efecto y segundo la autoridad que la decidió no era competente para ello. Además se refirió a los **efectos civiles** que se derivan de la nacionalidad como estatus legal. Al privársele de su nacionalidad la víctima quedó imposibilitada para ejercer sus derechos como accionista mayoritario de una empresa dueña de un canal de televisión.

Refiriéndonos al **numeral 3** del **artículo 20** de la **CADH,** podemos citar como ejemplo de su aplicación el **Caso 9.855** revisado por la **CIDH,** donde se encontró culpable al Estado de violar el derecho de la víctima a cambiar de nacionalidad, debido a que aun cuando ésta había cumplido todos los requisitos legales para tramitar su cambio de nacionalidad de norteamericana a haitiana, el Estado se la negó arbitrariamente y lo expulso de su territorio[11].

Apátridas

El **DIDH** busca erradicar la apatridia, que pese a las nuevas regulaciones sobre la materia sigue constituyéndose en un estado de desprotección jurídica que facilita la violación de varios derechos

[11] CIDH, Caso 9855 v. Haití, Resolución Nº 20/88 del 24 de marzo de 1988.

humanos. Por lo que estrechamente relacionado con el derecho a la nacionalidad y tomando en cuenta la protección y la garantía de derechos que la misma representa para las personas, encontramos en el derecho internacional todo un *corpus iuris* orientado a procurar que no existan apátridas.

La **Convención sobre el Estatuto de Apátridas**[12], establece en su **Art. 1.1** que: *"el término apátrida designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación".* En cuanto a su condición jurídica el **Art. 12.1** establece como norma general que: *"El estatuto personal de todo apátrida se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia".* En consecuencia, el principal deber de todo apátrida respecto al país donde se encuentra es el de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público (**Art. 2**). Este instrumento contiene, en esencia los principales derechos y obligaciones que tienen los apátridas, cuando se hallen en un determinado Estado, y en consecuencia establece las principales obligaciones de los Estados hacia este grupo humano.

En concordancia con el mencionado tratado, también forma parte de este *copus iuris* la **Convención para Reducir los Casos de Apátridas**[13]**,** esta Convención está orientada a señalar los casos y circunstancias en que un Estado está en la obligación, bajo ciertos supuestos, de otorgar su nacionalidad a una persona que carece de ella. Parte, en su **Art. 1.1**, del principio de que: "Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida".

---

[12] ONU, Convención sobre el Estatuto de Apátridas, adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 de abril de 1954. Entrada en vigor: el 6 de junio de 1960.

De acuerdo a este principio **CDHONU** reconoce como una obligación estatal la de tomar todas las medidas para evitar que una persona se vea desprovista de una nacionalidad al momento de su nacimiento[14]. El **numeral 2** del **artículo 20** de la **CADH** es taxativo en este punto pues establece la obligatoriedad de aplicar el principio ***jus soli*** respecto a las personas que no tienen derecho a otra nacionalidad.

Las consecuencias negativas de la apatridia no sólo las sufren quienes jurídicamente no tienen derecho a ser reconocidos como nacionales de ningún Estado sino quienes teniendo tal derecho no lo ejercen o no pueden ejercerlo. Por eso para cumplir efectivamente con el reconocimiento del derecho a la nacionalidad no basta con que el Estado legisle favorablemente sobre la materia sino que además debe tomar las medidas encaminadas a que los procesos de registro sean accesibles y adecuados para toda su población e incluso hacer campañas de visitas para registro a los lugares donde por la cultura (comunidades indígenas aisladas), la distancia con respecto a los centros urbanos o la ignorancia de la población los padres tienden a no registrar a sus niños convirtiéndolos en apátridas de hecho.

Este derecho aparece también consagrado en la **DADH Art. XIX** y en la **DUDH Art. 15**

[13] ONU, Convención para Reducir los Casos de Apatridia, adoptada el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en cumplimiento de la Resolución 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954. Entrada en vigor: el 13 de diciembre de 1975.

[14] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 17: Rights of the child, 1989.

Derecho a la Propiedad Privada

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.	**CEDH Protocolo Nº 1.** **Artículo 1. Protección de la propiedad** Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.	No Reconocido expresamente

La **CrIDH** en los **Casos Ivcher Bronstein**[1] y **Comunidad Mayagna**[2] puntualizó en cuatro premisas fundamentales el contenido del **Art. 21** de la **CADH**:

a) que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes
b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al interés social;

[1] CrIDH, Caso Baruch Ivcher Bronstein v. Perú, Sentencia de Fondo de 6 de febrero de 2001.
[2] CrIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicaragua, Sentencia de Fondo de 31 de agosto de 2001.

c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; y
d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.

El término **bienes** es entendido por este tribunal, a partir del **Caso Ivcher Bronstein** como: *"Aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor"*[3]. La **CrEDH** ha desarrollado más este concepto, de su jurisprudencia se puede desprender que entran dentro de la esfera de protección de éste derecho los bienes futuros[4], el derecho a recibir pensiones, tanto las que se obtienen por haber contribuido a un sistema de seguridad social[5] como las que se otorgan como privilegios especiales[6] (como a los policías que quedan discapacitados por lesión ocurrida en el cumplimiento del deber o a las que se otorgan por gracia estatal a héroes nacionales o a deportistas nacionales de notable éxito), las cuentas por cobrar[7], los créditos que se tengan con el Estado[8] (incluido el derecho a recibir devolución por pago excesivo de impuestos[9]) e incluso las carteras de clientes[10], las licencias para

---

2 CrIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicaragua, Sentencia de Fondo de 31 de agosto de 2001.
3 CrIDH, Caso Baruch Ivcher Bronstein v. Perú, Sentencia de Fondo de 6 de febrero de 2001.
4 CrEDH, Case of Becvár And Becvárova v. The Czech Republic, Judgment of December 14 of 2004.
5 CrEDH, Case of Kjartan Asmundsson v. Iceland, Judgment of October 12 of 2004.
6 CrEDH, Case of Vasilopoulou v. Greece, Judgment of March 21 of 2002.
7 CrEDH, Case of Smoleanu v. Romania, Judgment of December 3 of 2002.
8 CrEDH, Case of Broniowski v. Poland, Judgment of June 22 of 2004.
9 CrEDH, Case of S.A. Dangeville v. France, Judgment of April 16 of 2002.
10 CrEDH, Case Iatridis v. Greece, Judgment of March 23 of 1999.

práctica de actividades[11] (tales como el expendio de bebidas alcohólicas) y los permisos para ejercer una determinada profesión[12]. En el caso específico de las ventas con retención de dominio la **CrEDH** ha señalado que tanto los derechos del comprador como los del vendedor son objeto de tutelaje internacional[13], igual ocurre en el caso de los arrendamientos con los derechos de arrendador y arrendatario y en otras figuras como el "leasing", el préstamo, entre otras. En cuanto a los derechos hereditarios ha determinado que los mismos son susceptibles de tutelaje internacional cuando por la muerte del causante dejan de ser expectativas para convertirse en derechos ciertos. Por último el Tribunal Europeo también ha reconocido que los asentamientos hechos en propiedad ajena pueden en algunas ocasiones también ser objeto de la protección conferida por este derecho[14].

El concepto **propiedad** de acuerdo con la **CIDH** se refiere a: *"al derecho de disponer de algo de cualquier manera legal, de poseerlo, usarlo e impedir que cualquier otra persona interfiera en el goce de ese derecho"*[15]. En cuanto a su definición, considera la **CIDH** que la propiedad es: *"El dominio o derecho indefinido de usar, controlar y disponer, que se pueda ejercer lícitamente sobre cosas u objetos determinados"*[16]. Tal definición sin embargo es propia de la doctrina del derecho civil e insuficiente a nuestro juicio para efectos de determinar

---

11 CrEDH, Case of Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, Judgment of July 7 of 1989.

12 CrEDH, Case of Van Marle and Others v. Netherlands, Judgment of June 26 of 1986.

13 CrEDH, Case of Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. Netherlands, Judgment of February 23 of 1995.

14 CrEDH, Case of Öneryildiz v. Turkey, Judgment of November 30 of 2004.

15 CIDH, Caso Santiago Marzioni v. Argentina, Informe de Inadmisibilidad Nº 39/96 del 15 de octubre de 1996.

16 CIDH, Caso Santiago Marzioni v. Argentina, Informe de Inadmisibilidad Nº 39/96 del 15 de octubre de 1996. Estos conceptos expuestos por la Comisión en estos casos, han sido asimilados de la doctrina civilista moderna, no son producto de la Comisión.

el ámbito de protección de éste artículo. Nótese que el tutelaje del derecho de propiedad por el derecho internacional de los derechos humanos no tiene que ver únicamente con el derecho de propiedad entendido en su concepción clásica, emanante de la doctrina civilista, sino que en general abarca todo el rango de los derechos patrimoniales ciertos. En ese sentido el **Juez Sergio García Ramírez** ha comentado: *"No es posible desconocer -por el contrario, es necesario reconocer- la heterogénea integración de ese patrimonio individual, que no sólo se compone con el derecho real de propiedad sobre bienes legalmente susceptibles de ella y titulados en consecuencia, sino también por lo que alguna vez se denominó -desprendimientos de la propiedad- uso, usufructo, habitación y por otras manifestaciones de la tenencia legítima que la ley común protege de manera semejante a la propiedad"*[17].

La **Comisión Interamericana** ha establecido que el derecho de propiedad no puede hacerse extensivo a expectativas de derechos, es decir a bienes que potencialmente pueden llegar a formar parte del patrimonio de una persona[18]. Este principio ha sido más desarrollado por la **Corte Europea,** ésta ha reconocido que las meras expectativas de derecho, en principio, no son objeto de su protección[19] pero que sí podrían serlo las expectativas de propiedad, de alcanzar cierto grado de certeza y exigibilidad[20]. Para ejemplificar ambos extremos: La expectativa de recibir una suma de dinero por la venta de un bien cuando ésta todavía no ha sido pactada no forma parte del derecho humano a la propiedad, sin embargo la expectativa de recibir la suma de dinero producto de una venta cuando la obligación de pagar del comprador

[17] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

[18] CIDH, Caso Santiago Marzioni v. Argentina, Informe de Inadmisibilidad Nº 39/96 del 15 de octubre de 1996.

[19] CrEDH, Case of Voggenreiter v. Germany, Judgment of November 28 of 2002.

[20] CrEDH, Prodan v. Moldova, Judgment of May 18 of 2004.

se fundamente en un titulo ejecutable otorgado por sentencia judicial sí lo es. En ese sentido son expectativas que tienen certeza la de recibir el pago del salario, la de recibir una pensión ya adquirida y la de hacer válidos los créditos que se tengan frente al Estado, entre otras. Por regla general se consideran dentro del ámbito de protección todas las expectativas de propiedad que se fundamentan en el reconocimiento judicial de un derecho patrimonial y las que se fundamentan en títulos ejecutables.

Es común que el ejercicio del derecho a la propiedad sea realizado por los individuos no sólo de manera directa sino además de manera indirecta, respecto a este punto el **Juez Sergio García Ramírez** se ha pronunciado señalando que existe una doble esfera de protección: "*... esta tutela de un derecho individual se puede ejercer en forma inmediata y directa, por lo que toca al dominio que la persona tiene sobre bienes exclusivamente suyos, o de manera mediata e indirecta, en lo que atañe a la participación que ostenta en un patrimonio colectivo, que absorbe -pero no elimina, en absoluto- su derecho sobre bienes o valores, aunque éste se ejerza de una manera también indirecta*"[21]. Cabe señalar que la participación que una persona tiene sobre un patrimonio colectivo constituye un derecho individual, existe una relación de propiedad directa entre el individuo y el título que representa su participación en el patrimonio colectivo, que para todos los efectos es igual que la relación existente entre el individuo y cualquier otro bien sobre el cual ejerza una propiedad directa.

Nunca se ha puesto en duda que esta relación de propiedad directa entre un individuo y un título de participación es objeto de tutelaje internacional, pues los títulos son bienes para efectos de la protección

[21] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

del derecho internacional de los derechos humanos. Así vemos que en el **Caso Ivcher Brontein** el Estado orquestó una serie de acciones arbitrarias para despojar al peticionario de sus derechos sobre acciones de una empresa dueña de un canal de televisión[22]. Este es un ejemplo de la protección sobre la propiedad directa que se ejerce sobre un título valor de participación.

La segunda esfera de protección se refiere a la protección de la propiedad que es ejercida de manera indirecta. En ese sentido, un individuo aún conservando íntegramente su título de participación puede verse afectado en su patrimonio de verse menoscabado o afectado el patrimonio colectivo por ingerencias estatales tales como la expropiación. Por mucho tiempo se consideró que la repercusión de las acciones tomadas contra una persona jurídica que pudieran afectar el patrimonio de sus accionistas no era objeto de tutelaje internacional[23], especialmente no del tutelaje del derecho internacional de los derechos humanos que sólo es extensivo a las personas naturales[24]. Afortunadamente tal posición ya ha sido superada por la jurisprudencia la **CrIDH**[24]. En el caso del **SEPDH** no hay lugar a controversias pues el **Protocolo N°1** de la **CEDH**, en su artículo 1, reconoce expresamente el derecho de propiedad de las personas jurídicas.

Se ha discutido si a la hora de determinar si un derecho está protegido por el derecho a la propiedad se debe evaluar la legitimidad del mismo, es decir, la forma en que se causó el derecho. Es bastante

---

[22] CrIDH, Caso Baruch Ivcher Bronstein v. Perú, Sentencia de Fondo de 6 de febrero de 2001.

[23] CIJ, Case of Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase), Judgment of February 5 of 1970.

[24] CIDH, Caso de la Tabacalera Boquerón S.A. v. Paraguay, Informe de Inadmisibilidad Nº 47/97 del 16 de octubre de 1997.

[25] CrIDH, Case Cantos v. Argentina, Sentencia de Excepciones Preliminares de 7 de septiembre de 2001.

frecuente en Estados que se rigen bajo regímenes dictatoriales que se priven a personas de sus propiedades arbitrariamente e incluso se emitan títulos de propiedad a favor de quienes no tengan derecho alguno para reclamarlos, títulos que son legales desde el punto de vista formal pero cuya legitimidad es discutible. Desde el punto de vista moral es comprensible que al reestablecerse el Estado de Derecho el nuevo gobierno desee retornar dichas propiedades a quienes considera tienen derecho legítimo sobre las mismas, e igualmente es comprensible que no se quiera indemnizar por la expropiación realizada a quienes ostentan el título de propiedad ilegítimamente, por esa misma razón. Sin embargo, la **Corte Europea** ha determinado que la ilegitimidad de la propiedad es un concepto plenamente político, sin valor jurídico[26]. Sin restarle valor a las consideraciones de orden moral, debemos compartir la posición de la **Corte Europea,** pues el entrar a valorar la legitimidad de la propiedad representaría una seria lesión al principio de certeza jurídica y a los derechos de los propietarios de buena fe[27] que pueden haber adquirido legítimamente la propiedad mediante tradición de quien la adquirió ilegítimamente.

Una situación similar ocurre en los casos de los bienes que son perdidos por el propietario, por ejemplo por robo o hurto, bastante común es que esto ocurra durante una Guerra, donde los miembros de los ejércitos invasores tienden a tomar la propiedad de los invadidos y llevársela a su país de origen. Si bien el legítimo propietario conserva en estos casos el derecho a exigir judicialmente la restitución de sus bienes, tal derecho no puede subsistir indefinidamente por los mismos principios expuestos en el párrafo anterior, así la **Corte Europea** en

---

[26] CrEDH, Case of Jahn And Others v. Germany, Judgment of January 22 of 2004.

[27] CrEDH, Case of Zvolský And Zvolska v. The Czech Republic, Judgment of November 12 of 2002.

[28] CrEDH, Case of Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, Judgment of July 12 of 2001.

el **Caso Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany**[28] consideró que la expectativa de la restitución de una propiedad perdida hace más de 70 años no entraba dentro de la protección del derecho a la propiedad. Por lo expuesto el que el derecho a la restitución de la propiedad perdida esté sujeto a normas de prescripción es compatible con los derechos humanos.

Un tema de notable debate en Europa es el de cómo marcar la diferencia entre la propiedad estatal y la propiedad privada de las familias reales. En los países donde existen monarquías esto se convierte en cuestión de conflictos sobre todo al ser abolidos los sistemas monárquicos, lo cierto es que la **CrEDH** se ha inclinado por considerar de carácter privado toda propiedad respecto a la cual los soberanos ejerzan derechos análogos a los que ejercerían el común de las personas de ostentar un título de propiedad privada sobre el mismo bien, con independencia de cómo haya sido adquirido el mismo[29]. Sin embargo, en ese punto consideramos más acertada la opinión del **Juez Koumantos** de que se debe hacer una interpretación más restrictiva[30].

No sólo en las monarquías, sino incluso en los Estados democráticos, los líderes de Estado generalmente adquieren bienes de uso personal que son necesarios para el adecuado ejercicio de sus funciones con el patrimonio estatal (ejemplo teléfonos celulares) y reciben donaciones por razón del cargo que ocupan (ejemplo donaciones de los mandatarios de Estados vecinos), por lo tanto no se puede considerar violatorio de los derechos humanos que el Estado como enti-

[29] CrEDH, Case of The Former King of Greece And Others v. Greece, Judgment of November 23 of 2000.

[30] CrEDH, Case of The Former King of Greece And Others v. Greece, Judgment of November 23 of 2000, Partly Dissenting Opinion of Judge Koumantos joined by Judge Zupancic.

dad pretenda conservar esos bienes luego de que el mandatario haya terminado su mandato, e incluso en el caso de las donaciones sería recomendable para efectos de preservar la imparcialidad objetiva el establecer que el mandatario no pueda reclamar propiedad privada sobre las mismas.

Volviendo al el **Caso Ivcher Brontein,** en el mismo, la **CrIDH** se refirió principalmente a la forma como una persona puede ser legítimamente privada de su derecho al uso y goce de sus bienes, y reiteró que la privación de los bienes de una persona debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley[31]. Veamos más a fondo el desarrollo de estos conceptos a la luz de la jurisprudencia de la **CrEDH**:

En el **Caso James and Others v. United Kingdom**[32] determinó que el término **interés público**[33] debe ser entendido en un sentido amplio, no se puede entender que la única causa legítima para que un Estado prive a una persona de sus bienes sea la necesidad de utilizar a los mismos para uso de la población en general, pues existen otras causas que podrían entenderse como de interés social, como el desarrollo económico (expropiación para la instalación de una fábrica privada que va a generar empleos), o la necesidad de mantener el imperio del derecho (asegurar el cumplimiento de obligaciones civiles o fiscales).

En cuanto al requisito de cumplir las formas establecidas en la ley,

---

[31] CrIDH, Caso Baruch Ivcher Bronstein v. Perú, Sentencia de Fondo de 6 de febrero de 2001.

[32] CrEDH, Case of James and Others v. UK, Judgment of February 21 of 1986.

[33] According to The Protocol Nº1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris, march 20 of 1952.

salvo los casos en que la privación de la propiedad se dé por causas de naturaleza penal no es necesario que se de un proceso previo, pero sí que hayan medios de impugnación disponibles[34] para controlar la legalidad y la racionalidad de las medidas tomadas.

En cuanto a la **justa indemnización** no hay reglas imperativas sobre cómo calcularla y en principio eso corresponde a cada Estado determinarlo, sin embargo hay ciertos elementos que necesariamente deben ser evaluados:

a. Si bien las indemnizaciones sustitutivas son aceptables, por ejemplo la recolocación de quien le ha sido expropiada sus tierras, esta indemnización no puede entenderse en el sentido de que libere al Estado de realizar la indemnización pecuniaria correspondiente si la propiedad donde ha sido recolocado es de menor valor, o hay gasto emergente producto de la recolocación[35].

b. Es aceptable el descontar de la indemnización el valor de los beneficios que la expropiación puede tener para el propietario (como el aumento de valor de otras propiedades que tenga adyacente a la expropiada), pero deben existir recursos para que el afectado impugne la existencia y el valor de dichos beneficios, pues es especialmente peligroso el presumir, sin posibilidad de prueba en contrario, la existencia de beneficios[36] y el desconsiderar las condiciones personales del afectado a la hora de valorarlos[37].

---

[34] CrEDH, Case of Bruncrona v. Finland, Judgment of November 16 of 2004.

[35] CrEDH, Case of Dogan And Others v. Turkey, Judgment of June 29 of 2004, rectified on November 18 of 2004. CrEDH, Case of Pro□tsch v. Austria, Judgment of November 15 of 1996.

[36] CrEDH, Case of Tsomtsos And Others v. Greece, Judgment of November 15 of 1996. CrEDH, Case of Eftrathiou And Michailidis & Co. Motel Amerika v. Greece, Judgment of July 10 of 2003.

[37] CrEDH, Case of Chassagnou And Others v. France, Judgment of April 29 of 1999.

c. Es aplicable calcular la depreciación entre valor de la propiedad al momento de su adquisición por parte del propietario y el valor al momento de la expropiación.

d. La inflación debe ser tomada en cuenta para determinar el monto de la indemnización[38] así como la depreciación monetaria.

e. Una indemnización justa debe contener los intereses desde le momento de la expropiación hasta que se fija el monto indemnizatorio, así como desde que se fija éste hasta que es pagado.

f. Una indemnización justa puede ser inferior al valor de mercado de la propiedad[39], porque el valor de mercado constituye una expectativa de derecho en caso de venta de la propiedad y no un derecho adquirido.

Para ejemplificar lo mencionado encontramos una violación manifiesta del derecho a la propiedad en el **Caso Malama v. Greece** donde el Estado muchos años después de haber realizado una expropiación pretendía indemnizar la misma sólo con su valor al momento en que se expropió lo que representaba solo el 1.53% del valor actual del bien[40].

Siendo la expropiación la forma más grave con la que se puede afectar al derecho de propiedad pues lo conculca en su totalidad, debemos advertir que no es la única, por supuesto el derecho a la pro-

[38] CrEDH, Case of Aka v. Turkey, Judgment of September 23 of 1998.
[39] CrEDH, Case of Bruncrona v. Finland, Judgment of November 16 of 2004. CrEDH, Case of Edoardo Palumbo v. Italy, Judgment of November 30 of 2000.
[40] CrEDH, Case of Malama v. Greece, Judgment of March 1 of 2001.

piedad se ve lesionado cuando aún sin afectar el derecho formal de propiedad, el Estado impide de hecho que una persona haga uso o goce de sus bienes, o cuando establece gravámenes tales al ejercicio del derecho de propiedad que lo hacen nugatorio en la práctica[41]. Por regla general toda restricción injustificada del ejercicio del derecho de propiedad en todo su espectro (uso, facultad de enajenar…) es violatoria del mismo.

Una restricción común al ejercicio de derecho de propiedad es la que nace de la regulación de orden social de la figura del arrendamiento, la que impone al propietario restricciones tales como cánones máximos que pueda cobrar, periodos de gracia al arrendatario antes de poder efectuar el lanzamiento del mismo por mora en el pago de los cánones, renovación obligatoria del contrato, etc. En principio el fin social perseguido por este tipo de normativa se considera legítimo[42] pero la facultad estatal para intervenir en este aspecto no puede considerarse absoluta.

Por ejemplo, en Italia en una época donde acababa de vencer el último periodo que concedía la ley para extender los contratos de arrendamiento más allá de lo originalmente pactado, y en virtud de la cual un gran número de arrendatarios estaban habitando bajo el pago de cánones muy inferiores a lo que el mercado exigía, se dio la situación de que un gran número de arrendadores solicitó judicialmente la restitución del uso de su propiedad, el gobierno Italiano, para evitar las consecuencias sociales que podría traer un desalojo masivo, estableció la práctica de la ejecución diferida de las órdenes de restitución, por la cual pese a que se reconocían los derechos de los arrendadores

[41] CrEDH, Case of Katte Klitsche de la Grange v. Italy, Judgment of October 27 of 1994.

[42] CrEDH, Case of Mellacher And Others v. Austria, Judgment of December 19 of 1989.

judicialmente, y con ello se suspendían los términos de prescripción adquisitiva, las ordenes de lanzamiento no eran ejecutadas inmediatamente. Se daba preferencia a la ejecución de las órdenes de lanzamiento de los arrendadores que demostraran necesitar la propiedad para uso propio (los que eran muchos), por tal razón las órdenes de quienes no podían demostrarlo, casi nunca llegaban a ser ejecutadas.

Esta situación dio lugar a que alrededor de 100 casos fueran presentados ante la **Corte Europea,** y en todos, ésta, aunque reconoció la legitimidad del fin perseguido por el Estado Italiano, consideró que la afectación a los intereses particulares de los arrendadores quienes no pudieron hacer uso y gocé de su propiedad por periodos considerables (superiores a los 6 años, después de concluidos los procesos judiciales) era tal que representaba una violación al derecho de propiedad.

Otras restricciones comunes consideradas legítimas por el derecho internacional son las impuestas al uso de la propiedad por fines ecológicos[43], tales como la prohibición de la tala de los árboles que estén en la propiedad, la prohibición de establecer industrias que causen contaminación cerca de los centros de población, la prohibición de establecer centros de entretenimiento nocturno en áreas residenciales por la contaminación auditiva que puedan causar, entre otras. En este tema hay que diferenciar entre la facultad estatal para sectorizar los centros de desarrollo, que es amplia, y la facultad estatal para negar a un propietario el uso de su propiedad en un sentido que no estaba prohibido al momento de la adquisición de la misma, esta última, es más restringida para protección de la certeza jurídica.

También son restricciones legítimas las impuestas a los propie-

[43] CrEDH, Case of Posti And Rahko v. Finland, Judgment of September 24 of 2002.

[44] CrEDH, Case of Beyeler v. Italy, Judgment of January 5 of 2000.

tarios de bienes de valor cultural o artístico[44], tales como la prohibición de enajenar a extranjeros, la prohibición de destruir los bienes, la obligación de conservación, entre otras que se fundamentan en la necesidad de preservar bienes que tienen un valor especial para la población en general, que trasciende los intereses particulares del propietario. Este tipo de restricciones tienen su fundamento de derecho internacional público en la **Convención de la UNESCO** sobre la materia[45]. Debemos mencionar que el carácter especial de estas propiedades no exime al Estado de la obligación de indemnizar a los propietarios cuando las expropia en virtud de un convenio de restitución de propiedad cultural/artística que haya firmado con otro Estado o para su exhibición en museos públicos.

No sólo es compatible con el derecho a la propiedad, sino exigido por el mismo el establecer las restricciones que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones civiles, en ese sentido es compatible con los derechos humanos la venta forzada de bienes para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas[46].

En los últimos años, en vista de la necesidad imperiosa de combatir al terrorismo y las redes que lo sustentan, la comunidad internacional ha ido formando todo un *corpus iuris* destinado a este fin. En este contexto, los Estados se ven comprometidos a tomar ciertas medidas que pudieran comportar algunas restricciones al derecho de propiedad y, en algunos casos, a la privacidad también.

---

[43] CrEDH, Case of Posti And Rahko v. Finland, Judgment of September 24 of 2002.

[44] CrEDH, Case of Beyeler v. Italy, Judgment of January 5 of 2000.

[45] UNESCO, Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales, Aprobada en la vigésima sexta reunión de la Conferencia General, el 14 de noviembre de 1970.

[46] CrEDH, Case of Ha□kansson and Sturesson v. Sweden, Judgment of February 21 of 1990. CrEDH, James and Others v. U.K., Judgment of February 21 of 1986.

Así por ejemplo, la **Convención Interamericana Contra el Terrorismo**[47] contempla en su **Art. 4** una serie de medidas como: la supervisión de bancos y otras entidades financieras, la detección y vigilancia de movimientos transfronterizos de dinero y otros valores y el intercambio de información financiera. También señala en su **Art. 5** la obligación de los Estados de adoptar medidas necesarias para identificar, congelar, embargar y decomisar fondos u otros bienes vinculados a actividades terroristas. En este sentido, el **Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo**[48] establece en su **Art. 1.1** que: *"Por fondos se entenderá los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito".* Este último instrumento internacional, en su **Art. 18,** es mucho más detallado en cuanto a este tipo de medidas tendientes a combatir el terrorismo.

A este respecto la **Comisión Interamericana** en su **Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos** ha afirmado que: *"Aunque se ha reconocido ampliamente que la detección y obstrucción los recursos financieros y de otra índole de los grupos terroristas es una estrategia importante para impedir sus operaciones, el hecho de que el uso y el goce de la propiedad esté protegido en numerosos instrumentos del*

[47] OEA, Convención Interamericana Contra el Terrorismo, AG/RES 1840 (XXXIII-0/02), Aprobada en la Primera Sesión Plenaria del 3 de junio de 2002.

[48] ONU, Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Aprobado por la Asamblea General en su septuagésima sexta sesión plenaria del 9 de diciembre de 1999.

derecho internacional de los derechos humanos ***debe informar la formulación de estrategias de esta naturaleza…*** *El cumplimiento de estas normas básicas en el contexto de las iniciativas antiterroristas tiene particular significado en los casos en que puede ser difícil establecer conexiones entre los activos personales y las actividades terroristas. Si bien los Estados pueden tener cierta latitud en la formulación y ejecución de sus estrategias en este sentido,* ***toda acción que se inicie debe estar prescrita por la ley, debe tener una base objetiva y razonable sustentada en hechos y pruebas, y debe ser ejecutada bajo supervisión judicial"***[49] (el resaltado es nuestro). De hecho todos instrumentos internacionales relativos al terrorismo contemplan el principio de legalidad que deben regir las medidas que se adopten y el deber de los Estados de respetar sus obligaciones internaciones. En estos casos donde se decomisen o incauten este tipo de bienes, al igual que por cualquier otro delito, los mismos deberán ser devueltos a su dueño con la mayor celeridad posible una vez se haya demostrado su no vinculación a actividades terroristas. No está de más mencionar que la incautación o decomiso de estos bienes en principio no da lugar a indemnización.

Como mencionábamos anteriormente, esta restricción al derecho de propiedad también puede comportar una restricción al derecho a la privacidad, ya que el Estado podrá no sólo tener acceso a información financiera, sino que también podrá compartir esta información con otros Estados. Incluso, el **Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo** establece en su **Art. 12.2** que: "*Los Estados Partes no podrán rechazar una petición de asistencia judicial recíproca al amparo del secreto bancario*". Por eso a juicio de la **CIDH**: "*…los Estados están obligados a conducir sus iniciativas*

[49] CIDH, Informe Terrorismo y Derechos Humanos, Informe Especial del 22 de octubre del 2002. Dicho sea de paso, este informe es uno de los mejores documentos internacionales existentes en materia de terrorismo.

a este respecto en cumplimiento de las normas y principios imperantes que rigen el derecho a la privacidad. Ello incluye la necesidad de garantizar que la recolección y el uso de información personal, incluidas todas las limitaciones al derecho de la persona afectada a acceder a esa información, estén claramente autorizadas por la ley a fin de proteger a la persona contra interferencias arbitrarias o abusivas en sus intereses privados y que, en consecuencia, se disponga de supervisión judicial para brindar protección contra los abusos de estos requerimientos legales"[50].

La obligación de pagar impuestos y la de contribuir a un régimen de seguridad social son restricciones legítimas. Lo mismo se puede decir de las limitaciones impuestas para el Estado poder asegurar el cobro de los impuestos u otras deudas que los individuos puedan tener para con él[51]. Sin embargo, consideramos, como los **Jueces Foighel Russo y Jungwiert**[52]**,** que la potestad estatal en este sentido no es tal que permita al Estado desconocer derechos de terceros.

En el **Caso Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. Netherlands,** el Estado Holandés planteaba que la figura de la venta con retención de dominio podía ser utilizada para evadir obligaciones fiscales, por lo que ejecutó la venta forzosa de los bienes por deuda de quien estaba en tenencia de los mismos, sin reparar en los derechos de quienes ostentaban el título sobre esos bienes. La **Corte Europea** consideró que el fin de evitar la evasión de impuestos justificaba la

---

50 CIDH, Informe Terrorismo y Derechos Humanos, Informe Especial del 22 de octubre del 2002.

51 CrEDH, Case of Hentrich v. France, Judgment of September 22 of 1994.

52 CrEDH, Case of Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. Netherlands, Judgment of February 23 of 1995, Dissenting Opinion of Judge Foighel, Joined by Judges Russo And Jungwiert.

53 CrEDH, Case of Gasus Dosier- und Fo□rdertechnik GmbH v. Netherlands, Judgment of February 23 of 1995.

medida[53]. Desde nuestro punto de vista, el tomar la misma sin juicio previo donde se demostrara que la intención de realizar la venta fue la de defraudar al Estado, excedió el margen de acción estatal limitado por la protección al derecho a la propiedad, violándose así este derecho.

Por supuesto también son restricciones legítimas las que se impongan penal o administrativamente por el comercio o transporte de bienes prohibidos (ejemplo materia aduanera)[54]. Al igual que las multas impuestas de acuerdo con el principio de legalidad y el uso de la retención de bienes para coacción del pago de éstas[55], y la confiscación de bienes por ser producto de ilícitos.

Como regla general para determinar la compatibilidad de las restricciones con el derecho internacional de los derechos humanos, se debe tomar en cuenta que los individuos organizan su actividad económica de acuerdo a su patrimonio y las expectativas ciertas de propiedad futura. En ese sentido sería violatorio del derecho internacional de los derechos humanos cualquier disposición que aún persiguiendo un fin social legítimo afecte el patrimonio de un individuo de una manera excesiva, dejando inefectiva la planificación que haya podido hacer de su vida económica. No solo afectando al individuo sino también a otros que hayan contratado con éste en virtud de una situación de solvencia que desaparece imprevisiblemente.

De tal manera no es compatible con el derecho a la propiedad aplicar de manera inmediata, y sin conceder tiempo a los coasociados para tomar previsiones, normas que representen un alza exagerada de los impuestos, un alza o disminución exagerada del salario mínimo,

[54] CrEDH, Case of Agosi v. UK, Judgment of October 24 of 1986.
[55] CrEDH, Case of Air Canada v. UK, Judgment of May 5 of 1995.

o como ocurrió en el **Caso Mellacher and Others v. Austria**, una disminución excesiva del canon máximo de arrendamiento, reduciéndolo, en el caso de uno de los peticionarios de dicho caso en un 88%, y quedando el canon de arrendamiento incluso por debajo de la cuota de mantenimiento que el arrendador debía pagar por ser el propietario.

A pesar de que la **CrEDH** determinó que la magnitud de la afectación no podía tomarse en cuenta para determinar si el derecho a la propiedad había sido violado o no[56], compartimos la posición de los **Jueces Cremona, Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Bernhardt** and **Spielmann**[57] en considerar que la magnitud de la afectación es uno de los elementos que determina si el Estado se ha excedido en sus facultades para perseguir un fin legítimo.

En el **Caso Mayagna** la **CrIDH** se refirió al derecho a la propiedad comunal que tienen los pueblos indígenas sobre sus tierras, de acuerdo con su propio derecho consuetudinario. De ahí la particularidad y la importancia de esta sentencia para el desarrollo y evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Sobre este tipo de propiedad, la **Corte Interamericana** ponderó que: "*Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida*

[56] CrEDH, Case of Mellacher and Others v. Austria, Judgment of December 19 of 1989.

[57] CrEDH, Case of Mellacher and Others v. Austria, Judgment of December 19 of 1989, Joint Dissenting Opinion of Judges Cremona, Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Bernhardt And Spielmann.

como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"[58].

Aunque la **CADH** no contempla taxativamente estos derechos colectivos de los pueblos indígenas, la **Corte Interamericana** amplía el radio de acción del **Artículo 21** de la **CADH** a través de una interpretación evolutiva de la norma. Así dijo este tribunal en el mencionado **Caso Mayagna**: "*... esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución política de Nicaragua".* Sobre el tema de los derechos de los indígenas, volveremos más adelante cuando hablemos de los derechos diferenciados en función de grupo.

Evidentemente el reconocimiento de la propiedad ancestral de las comunidades indígenas plantea un conflicto con respecto al derecho a la propiedad privada de las personas no indígenas que puedan tener derechos sobre esas tierras, al respecto la **CrIDH**, tras reconocer que tanto el derecho de las comunidades indígenas como de las otras personas están protegidos por la **CADH,** y que por lo tanto le son aplicables los mismos estándares de protección, ha determinado que: "*Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar*

[58] CrIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicaragua, Sentencia de Fondo de 31 de agosto de 2001.

caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural"[59].

En el **Caso** de los **Cinco Pensionistas**[60] la **CrIDH** encontró al Estado culpable de violar el **Art. 21** de la **CADH** por haber reducido arbitrariamente el monto de la pensiones que venían percibiendo, de acuerdo a la ley, las presuntas víctimas. La **Corte Interamericana** encontró que las pensiones percibidas originalmente constituían un derecho adquirido. Pertenecen al patrimonio de una persona. De hecho, la violación se configuró porque el Estado se negó a ejecutar una sentencia de sus tribunales internos que ordenaba se les siguiera pagando a los pensionistas la suma original anterior a la reducción. En cuanto al derecho a recibir pensiones la **CrEDH** ha señalado que si bien el mismo constituye un derecho adquirido, el derecho es el de recibir una pensión, no el de recibir una pensión por un monto específico[61]. Esto es así porque no se puede negar que en algún momento el Estado de los regímenes de seguridad social puede cambiar obligando a la reducción de las pensiones para preservar la existencia del mismo. Si bien el Estado puede tomar las medidas necesarias para garantizar la subsistencia del régimen de seguridad social, que él mismo ha establecido, tales medidas no pueden ser discriminatorias ni arbitrarias[62].

---

[59] CrIDH, Caso de la Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.

[60] CrIDH, Caso de los "Cinco Pensionistas" v. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003.

[61] CrEDH, Case of Kjartan Ásmundsson v. Iceland, Judgment of October 12 of 2004.

[62] CrEDH, Case of Vasilopoulou v. Greece, Judgment March 21 of 2002.

En el **Caso Tibi v. Ecuador,** la **Corte** reconoció que la posesión de los bienes muebles establece por sí sola una presunción de propiedad a favor del poseedor. *"Esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otras cosas, la posesión de los bienes"*[63].

En nuestro ámbito latinoamericano donde ha sido frecuente la presencia de gobiernos militares, de regímenes dictatoriales, han sido muchos los casos de violaciones al derecho de propiedad. Casi siempre la forma de operar de estos gobiernos ha revestido las mismas características, expropiaciones de propiedades de particulares afines al régimen derrocado, enemigos del nuevo régimen (Ej. **Caso 2976**[64]), o bien personas totalmente ajenas al acontecer político (Ej. **Caso 10.770**[65]). Por lo general el único fundamento legal de la expropiación o la confiscación de los bienes es algún decreto emanado del Órgano o Poder Ejecutivo, el cual se ejecuta sin proceso alguno y por supuesto, sin el pago de la correspondiente indemnización. Muchas veces el destino estos bienes dista mucho de satisfacer necesidades de utilidad pública o de interés social.

Este derecho está consagrado también en la **DADH Art. XXIII**, la **DUDH Art. 17**, **CADF Art. 14** y **CEDF Art. 17**

[63] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre del 2004.
[64] CIDH, Caso 2976 v. Haití, Resolución 15/83 del 30 de junio de 1983.
[65] CIDH, Caso 10.770 v. Nicaragua, Informe Nº 12/94 del 1 de febrero de 1994.

Derecho de Circulación y de Residencia

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH	**CEDH Protocolo Nº 4**	**PIDCP**
Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia	**Artículo 2. Libertad de Circulación**	**Artículo 12**
1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.	1. Toda persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado deberá, dentro de ese territorio, tener el derecho de libertad de movimiento y libertad de escoger su residencia.	1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.	2. Toda persona debe ser libre de abandonar cualquier país, inclusive, el propio.	2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.	3. Ninguna restricción deberá imponerse al ejercicio de estos derechos salvo las que estén de acuerdo a la ley y sean necesarias en una sociedad democrática en el interés de la seguridad nacional o seguridad pública, para el mantenimiento del orden pública, la prevención del crimen, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de otros.	3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.	4. Los derechos establecidos en el párrafo 1, también pueden ser sujetos, en áreas determinadas, a restricción impuestas de acuerdo a la ley y justificadas por el interés público de una sociedad democrática.	4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.		

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen donde su derecho a la vida o a la libertad está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.	**Artículo 3. Prohibición de la expulsión de nacionales.** 1. Nadie deberá ser expulsado, sea mediante una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual es nacional. 2. Nadie deberá ser privado del derecho a entrar al territorio del Estado del cual es nacional. **Artículo 4. Prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros.** La expulsión colectiva de extranjeros está prohibida. **<u>CEDH Protocolo Nº 7</u>** **Artículo 1. Garantías procesales relacionadas con la expulsion de extranjeros.** 1. Un extranjeros que resida legalmente en el territorio de un Estado no deberá ser expulsado de ahí excepto en seguimiento de una decisión alcanzada conforme a la ley y debe permitírsele: a. presentar rezones contra su expulsión. b. tener su caso revisado, y c. ser representado para estos propósitos ante la autoridad competente o las personas designadas por esa autoridad. 2. Un extranjero podrá ser expulsado antes de ejercer sus derechos bajo el párrafo 1. a, b y c de este artículo, cuando tal expulsión sea necesaria en el interés del orden público o esta fundada en razones de seguridad nacional.	**Artículo 13** El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Este derecho es muy abarcador, vemos que en el **PIDCP** y los Protocolos de la **CEDH** se le dedican varios artículos; incluso, como veremos, hay tratados específicos que desarrollan algunos de los derechos derivados de la libertad de circulación y residencia. Dado el carácter del presente manual, sólo nos detendremos a explicar algunos conceptos que consideramos esenciales para la comprensión de dicha disposición, dando por sentado que el lector tiene algunos conocimientos básicos de Derecho Internacional Público.

La **Corte Interamericana** se ha referido al **Art. 22** de la **CADH** en el **Caso Ricardo Canese v. Paraguay**. En este fallo, como veremos, dicho Tribunal utilizó muchos criterios del **Comité de Derechos Humanos de la ONU**[1]**.** Así vemos que la **CrIDH** coincide con dicho organismo al considerar que: "*…el derecho de circulación se trata del derecho de toda persona a trasladarse libremente de un lugar a otro y a establecerse libremente en el lugar de su elección. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona*"[2].

Para el ejercicio de este derecho, la mayoría de los sistemas jurídicos exigen cierta documentación específica como por ejemplo las licencias de conducir y los pasaportes, los procesos y procedimientos para la obtención de estos documentos deben ser accesibles a la población y libres de todo tipo de discriminación. Sólo de esa manera el derecho a la libertad de circulación puede trascender del plano teórico al práctico. Cuando se vaya a privar a una persona de uno de estos documentos esenciales se debe atender siempre al principio de legalidad. La **CrEDH** ha encontrado violatoria del derecho de liber-

---

[1] ONU, Human Right Committee, General Comment Nº 27: Freedom of movement, 1999.

[2] CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

tad de circulación la confiscación arbitraria de documentos de esta naturaleza[3].

En cuanto al derecho de circulación y residencia tal como está contenido en el **numeral 1** del artículo que comentamos, implica que una persona, no sólo no pueda ser desplazada y trasladada contra su voluntad de un lugar a otro dentro del territorio del Estado, sino que no se le impida, por cualquier medio, hacerlo cuando así lo desee. Sobre todo cuando sea desplazada de su lugar de residencia o se impida regresar al mismo[4]. Este derecho corresponde tanto a los nacionales como a los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de dicho Estado. Este derecho en relación con los extranjeros, también está consagrado en la **Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven[5].**

El **DIDH** reserva este derecho para las personas que se encuentran legalmente en el territorio del Estado donde estén, al respecto, el **Comité de Derechos Humanos de la ONU** ha señalado: *"El tema respecto a si un extranjero se encuentra legalmente en el territorio de un Estado es un asunto regulado por el derecho interno, el cual puede someter la entrada de un extranjero al territorio estatal a restricciones, siempre y cuando éstas sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado. En ese sentido el Comité ha sostenido que un extranjero que ha entrado ilegalmente a un país, pero cuyo estado ha sido regularizado, debe considerarse como que se encuentra legalmente en el territorio para los efectos del artículo 12"*[6].

---

[3] CrEDH, Case of Napijalo v. Croatia, Judgment of November 13 of 2003. CrEDH, Case of Malige v. France, Judgment of September 23 of 1998.

[4] CIDH, Caso María Mejía v. Guatemala, Informe de Fondo Nº 32/96 del 16 de octubre de 1996.

[5] ONU, Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

[6] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 27: Freedom of movement, 1999.

I- Desplazamientos Internos

Se hace necesario referirnos al tema de los **desplazados internos,** los cuales son definidos por los **Principios Rectores de los Desplazamientos Internos**[7] como: *"Personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida".* De esta manera el **Principio 6.1** establece, en concordancia con las disposiciones del **DIDH** que: *"Todo ser humano tendrá derecho a la protección contra desplazamientos* ***arbitrarios*** *que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual".* Hemos resaltado el término arbitrarios, porque puede darse el caso de que el desplazamiento sea legal e incluso permitido por las normas de derechos humanos, siempre que esta restricción cumpla con los requisitos generales de necesidad, legalidad y proporcionalidad.

Esta prohibición de desplazamientos arbitrarios incluye, de acuerdo al **Principio 6.2,** los desplazamientos basados en políticas de *aparteid* o prácticas cuyo objeto o cuyo resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada; en situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o por razones militares imperativas; en caso de proyectos de desarrollo en gran escala, que no

[7] ONU, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, Adoptados por la Comisión de Derechos Humanos, Resolución 50 del 17 de abril de 1998. Estos Principios Rectores fueron elaborados por Francis Deng, a quien el Secretario General de las Naciones Unidas designó en 1992 como su Representante para Desplazados Internos.

estén justificados por un interés público superior o primordial; en casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación; y cuando se utilicen como castigo colectivo.

La **CIDH** en su **Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia**, se refirió extensamente a este tema y expresó que: *"…el desplazamiento en sí mismo contradice esencialmente el goce de los derechos humanos básicos. Incluso cuando se obliga a las personas a abandonar sus hogares por motivos legítimos, su desplazamiento generalmente implica múltiples violaciones de los derechos humanos. Esto es particularmente cierto durante los conflictos armados, una de las principales causas de desplazamientos internos en todo el mundo"*[8]. Es precisamente por la gravedad de las consecuencias que implican los desplazamientos que el **Principio 7** de los **Principios Rectores** establece que: *"Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos".*

En este **Informe de País**[9] que la **CIDH** dedicó a Colombia, el Organismo de la OEA le recomienda al Estado entre otras cosas, asegurar el reasentamiento o regreso a los lugares habituales de residencia a los desplazados, y que estos procesos de retorno se efectúen de manera voluntaria. Además, el Estado tiene el deber de tomar las medidas

[8] CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia 1999, Capítulo VI. En este informe se plantea que el 78% de los desplazamientos internos en Colombia son causados, en conjunto, por los paramilitares, la guerrilla y las Fuerzas Públicas.

[9] CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia 1999, Capítulo VI.

judiciales necesarias para impedir la impunidad de los actores institucionales y/o particulares que han causado el desplazamiento forzado de personas (como cualquier otra violación a los derechos humanos que hace surgir la obligación del Estado de investigar y sancionar a los responsables de la misma). No podemos dejar de mencionar que en este informe, la **CIDH** "*acoge con beneplácito y apoya plenamente*" los **Principios Rectores de los Desplazamientos Internos** y reconoce que es el documento más completo relativo a las normas aplicables a los desplazados internos. Incluso, recomienda al Estado Colombiano observar y difundir ampliamente los mismos.

En el plano contencioso la **CrIDH** se ha referido a este fenómeno en el caso **Moiwana v. Suriname** reconociendo la relevancia de los **Principios Rectores de los Desplazamientos Internos** para la interpretación del derecho a la libertad de circulación y residencia, y señalando que el tema de los desplazamientos internos no sólo incumbe al **DIDH** sino también al Derecho Internacional Humanitario[10].

II- Derecho a Abandonar el País en Que se Encuentra

En aplicación del **numeral 2** del **Art. 22** de la **CADH,** el cual consagra el derecho de toda persona a salir libremente de cualquier país inclusive del propio, la **CrIDH** en el **Caso Ricardo Canese**, haciendo eco del **CDHONU**[11], ha reconocido que: "*La libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país. En consecuencia, dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente. Igualmente, el derecho de la persona a determinar el Estado de destino*"[12].

---

[10] CrIDH, Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname, Sentencia de 15 de junio de 2005.

[11] ONU, Human Right Committee, General Comment Nº 27: Freedom of movement, 1999.

[12] CrIDH, Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

En este contexto el pasaporte es un documento esencial para la realización de viajes internacionales, el **Comité de Derechos Humanos de la ONU** ha considerado violatorio de los derechos humanos el que los Estados apliquen una onerosidad excesiva a los peticionarios en los trámites de emisión de pasaportes[13]. El poder abandonar el territorio del Estado en que se encuentra no es un lujo, es un derecho humano internacionalmente reconocido, por lo tanto la emisión de pasaportes no es un servicio que el Estado pueda usar para lucrar, por el contrario debería limitar el costo de los trámites a lo necesario para cubrir los gastos operativos.

Dicho Comité también ha señalado como violatorias prácticas tales como: exigir un boleto de retorno, fianzas de retorno, impedimentos para que familias viajen juntas, entre otras[14]. Dichas prácticas son cortinas burocráticas que algunos Estados usan para ocultar su verdadera intención de impedir que sus nacionales emigren a otros Estados.

Con miras a evitar que la condición de apatridia se convierta en un impedimento para el disfrute de este derecho la **Convención Sobre el Estatuto de los Apátridas**[15] establece en su **artículo 28** que: "*Los Estados Contratantes expedirán a los apátridas que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados, documentos de viaje que les permitan trasladarse fuera de tal territorio, a menos que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional o de orden público.*

---

[13] ONU, Human Right Committee, General Comment Nº 27: Freedom of movement, 1999.

[14] ONU, Human Right Committee, General Comment Nº 27: Freedom of movement, 1999.

[15] ONU, Convención sobre el Estatuto de Apartidas, Adoptada el 28 de septiembre de 1954 por un Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su Resolución 526 A (XVII) de 28 de diciembre de 1954, Entrada en vigor el 6 de junio de 1960.

Las disposiciones del anexo a esta Convención se aplicarán igualmente a esos documentos. Los Estados Contratantes podrán expedir dichos documentos de viaje a cualquier otro apátrida que se encuentre en el territorio de tales Estados; y, en particular, examinarán con benevolencia el caso de los apátridas que, encontrándose en el territorio de tales Estados, no puedan obtener un documento de viaje del país en que tengan su residencia legal".

El derecho a abandonar el territorio de un Estado, incluye también el derecho a hacerlo hacia cualquier Estado que acepte a quien emigre, de manera tal que el permiso para abandonar un territorio nunca puede estar sujeto o depender del Estado hacia el cual se planea viajar o emigrar. El **CDHONU** ha dicho que incluso en el caso de los extranjeros expulsados legalmente de un territorio éstos tienen derecho de escoger el Estado al cual vayan a ser destinados dentro de todos los que los acepten[16].

Está claro que a la luz de estos criterios sería abiertamente violatoria del **DIDH** la política migratoria de algunos Estados como Cuba (con todo el respeto que se merece) que no permite la salida de sus fronteras a cierta clase de personas atendiendo a criterios como la edad o su preparación académica, e incluso tomando represalias contra aquellos que decidiesen tramitar su salida del país. Un ejemplo típico de esta situación lo podemos ver en el **Caso 7.602** atendido por la **CIDH,** sin embargo en este caso la **CIDH** se limitó a señalar violación al derecho a recibir asilo, al derecho a la protección de la familia y al derecho al trabajo. Esto se explica porque en este caso sólo podía aplicarse la **DADH**, la cual, en su **Art. VIII** no contempla taxativamente el derecho a salir libremente del país, como sí lo hace el **numeral 2** del **Art. 22** de la **CADH**. Por otro lado en 1982, año en que la **CIDH** hizo este pronunciamiento este organismo no acostumbraba

[16] ONU, Human Right Committee, General Comment Nº 15, The position of aliens under de Convenant, 1986.

a hacer interpretaciones muy progresivas. Sin embargo, ya en 1996 en el **Caso Víctimas del Barco Remolcador "13 de Marzo"**[17] se presentó una situación similar cuando un grupo de personas trataron de escapar de la isla en un viejo barco remolcador y fueron interceptados en el mar por autoridades cubanas, aquí la **Comisión Interamericana** reforzó la interpretación del **Art. VIII** de la **DADH** con el **Art. 13.2** de la **DUDH**, que sí habla expresamente del derecho de una persona a abandonar su país.

Por su parte la **CrEDH** al referirse a la política de fronteras cerradas que en su momento aplicó la ex República Democrática de Alemania, la que incluía minar la frontera, sistemas de fuego automáticos y la orden absoluta para los guardias fronterizos de abrir fuego contra todo el que intentara violar la frontera consideró, que tales políticas fronterizas, sumadas con la imposibilidad práctica que se presentaba para los ciudadanos de dicho Estado poder abandonarlo legalmente, constituyeron una violación al derecho de libertad de circulación de tal flagrancia que un soldado fronterizo de 20 años podía prever que sus acciones eran de naturaleza criminal pese estar recibiendo órdenes[18].

Es comúnmente aceptado que este derecho puede ser restringido como medida precautoria en los procesos penales por lo que poco se discute la legitimidad de tal práctica, además la **CrEDH** en el **Caso Luodo v. Italy**[19] reconoció que en procesos de otra naturaleza (como era en ese caso un proceso de quiebra) también pueden ser justificadas tales medidas. Pese a dicho reconocimiento en ese caso el Tribunal Europeo encontró una violación al derecho de libre circulación por

[17] CIDH, Caso Víctimas del Barco Remolcador "13 de Marzo" v. Cuba, Informe de Fondo Nº 47/96, de 16 de octubre de 1996.
[18] CrEDH, Case of K-H v. Germany, Judgment of March 22 of 2001.
[19] CrEDH, Case Luordo v. Italy, Judgment of July 17 of 2003.

motivo de que la duración de la medida se extendió más allá de lo necesario.

Respecto a los procesos penales, el que la aplicación de una medida restrictiva sea justificada o no para efectos del derecho internacional es totalmente independiente del resultado del fondo del proceso y de la culpabilidad o inocencia de los imputados. La **CrEDH** en el **Caso Labita v. Italia**[20] señaló que el hecho de que un imputado haya sido encontrado inocente no significa *per se* que la restricción precautoria impuesta a su libertad de circulación haya sido arbitraria; no obstante sí existe una violación cuando la medida es aplicada sin fundamentos de hecho que la hagan razonable. En ese caso se dio una violación porque la medida fue dictada con el único fundamento de que la esposa del imputado era hija de un jefe de la mafia lo que no era base suficiente para justificar la medida.

III- Derecho a Permanecer en el Estado Donde se es Nacional y a Ingresar al Mismo

Mediante el reconocimiento de este derecho queda proscrito el fenómeno del **exilio** y todas las formas en que éste pueda originarse. Este fenómeno fue utilizado en la antigüedad como una especie de sanción penal y más recientemente se ha producido de hecho en muchas ocasiones como consecuencia de los constantes y drásticos cambios políticos que se han ido dando en los países de la región.

La **CIDH** se ha referido a este derecho en algunos de sus **Informes de País**, así ha dicho que: "*…el derecho a vivir en la patria emana del carácter social del individuo, que sólo en sociedad puede desarrollarse, y de la constatación de que dicho carácter se ha expresado histórica-*

[20] CrEDH, Case of Labita v. Italy, Judgment of April 6 of 2000.

mente en el desarrollo de las naciones, como comunidades naturales, y en su constitución jurídica como Estados"[21]*. "El derecho de toda persona de vivir en su propia patria, de salir de ella y de regresar cuando lo estime conveniente es un derecho elemental que se encuentra reconocido por todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos"*[22]*.* Por su parte el **CDHONU** ha agregado que el derecho a entrar al propio país incluye el derecho de conocer su país a los nacionales de un Estado que hayan nacido fuera de su territorio[23].

La **CIDH** califica de **absoluto** el derecho de toda persona de vivir en su patria y de regresar a ella. Además, continúa diciendo, es un **derecho natural y anterior al Estado.** De ahí la gravedad de las consecuencias que surgen de la violación a este derecho. A juicio de la **CIDH** el exilio produce los siguientes efectos: *"…fuerza a la víctima a insertarse en un mundo que se le impone, donde no quiere estar y del cual sólo podría sentirse liberado con la vuelta a su país. Esta compulsión permanente produce un bloqueo mental y una resistencia psíquica que imposibilitan la adaptación y que, por el contrario, hacen sentir creciente añoranza por lo que se niega injustamente"*[24]**.** Por lo tanto, es claro el daño moral que sufre la víctima. En cuanto a los casos en los que la **CIDH** se ha pronunciado sobre el fondo de denuncias en las cuales se ha invocado violación a este derecho, podemos citar como ejemplo paradigmático a la **Resolución Nº 24/82**[25]**,** a través de

[21] CIDH, Cuarto Informe de País de Chile, 1985, Capítulo VI: Derecho de residencia y tránsito.
[22] CIDH, Séptimo Informe de País de Cuba, 1983, Capítulo VIII: Derecho de residencia y tránsito.
[23] ONU, Human Right Committee, General Comment Nº 27: Freedom of movement, 1999.
[24] CIDH, Cuarto Informe de País de Chile, 1985, Capítulo VI: Derecho de residencia y tránsito.
[25] CIDH, Resolución Nº 24/82 (Chile) del 8 de marzo de 1982, -Exiliados-.

la cual el mencionado organismo acumula una serie de denuncias de casos de expulsión de nacionales -exiliados- , y declara que en todas ellas el Estado Chileno violó el derecho a circulación y residencia contenido en el **Art. VIII** de la **DADH**.

En cuanto a este punto es pertinente señalar que el **PIDCP** al reconocer este derecho utiliza el concepto de "su propio" Estado en lugar del de "El Estado del cual es nacional" utilizado por la **CADH** y la **CEDH**. Como bien ha señalado el **CDHONU** el concepto del "propio Estado" es más amplio, pues trasciende de los conceptos formalistas de nacionalidad y abarca otros vínculos de hecho, como podría ser el existente entre una persona y el territorio en que nació cuando éste se ha convertido en una nueva entidad Estatal por separación o independencia o entre un Estado y un residente permanente no nacional[26].

IV- Garantías Relativas a la Expulsión de Extranjeros

Este derecho protege a los extranjeros que se encuentran legalmente en un país de una deportación sin un debido proceso legal que les permita defenderse[27], esto implica además que sólo se realice por las causales señaladas expresamente en la ley y siguiendo los procedimientos en ella señalados. .

En cuanto a estos procedimientos, la **CIDH** considera que debe dársele a la persona expulsada una audiencia judicial o administrativa a fin de que pueda defenderse de los cargos que motivan su expulsión,

---

[26] ONU, Human Right Committee, General Comment 27: Freedom of movement, 1999.

[27] CIDH, Tercer Informe de País de República Dominicana, 1999, Capítulo IX: Situación de los trabajadores migrantes haitianos y sus familias en la República Dominicana.

no se admiten expulsiones sumarias[28]. En el **Caso Loren Laroye Riebe Star**[29] la **CIDH**, encontró al Estado culpable de violar el derecho contenido en este numeral, por expulsar sumaria y violentamente a tres sacerdotes que se hallaban residiendo legalmente en México y que ejercían su apostolado autorizados por la legislación migratoria de dicho Estado. Esta expulsión fue adoptada, a juicio de la **CIDH**, en violación de sus derechos humanos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Cabe mencionar que hay ciertos territorios, como es el caso de las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos, que pertenecen a la jurisdicción del Estado pero en los cuales mediante una ficción jurídica el hecho de arribar a los mismos no representa haber entrado al Estado al cual pertenecen, para efectos de este artículos y las normas de expulsión de extranjeros.

El **Art. 7** de la **Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven,** va más allá de lo dispuesto en la **CADH,** y establece que: "*Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen y que someta el caso a examen de la autoridad competente o de una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, así como que esté representado a esos efectos ante dicha autoridad, persona o personas*".

Respecto al supuesto de que se invoque la seguridad nacional como causal para la expulsión, la **CrEDH** ha señalado: "*Incluso cuan-*

[28] CIDH, Caso 9855 v. Haití, Resolución Nº 20/88 del 24 de marzo de 1988.
[29] CIDH, Caso Loren Laroye Riebe Star y Otros v. México, Informe de Fondo Nº 49/99 del 13 de abril de 1999.

do se alega una amenaza a la seguridad nacional, la garantía de un remedio efectivo requiere como mínimo que la autoridad de apelaciones independiente competente deba ser informada de las razones en que se basa la decisión de deportación, incluso si dichas razones no están disponibles públicamente. La autoridad debe ser competente para rechazar la valoración administrativa de que hay una amenaza a la seguridad cuando la encuentre arbitraria o irrazonable. Debe haber algún tipo de proceso adversarial, si es necesario, a través de un representante especial luego de un permiso de seguridad"[30]. En este caso, la **CrEDH** sentó que pueden darse causas de seguridad nacional que justifiquen otorgar a las autoridades nacionales. una mayor flexibilidad para la expulsión de extranjeros.

La **CADH**, **CEDH**, **PIDCP** establecen además la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros, el **Art. 7** de la **Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven** también hace referencia a esta prohibición estableciendo que: *"Queda prohibida la expulsión individual o colectiva de esos extranjeros por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico".* Este derecho cuenta con poco desarrollo jurisprudencial, sin embargo encontramos su aplicación con motivo de algunas **medidas cautelares**[31] emitidas por la **CIDH**. Esta prohibición es a nuestro juicio **absoluta.**

V- <u>Derecho a Asilo</u>

Este derecho se encuentra recogido en la **CADH,** mas no en la **CEDH** o el **PIDCP**. Se refiere a la figura del **asilo** y al derecho que

[30] CrEDH, Case of Al-Nashif v. Bulgaria, 22 de Junio de 2002.

[31] No nos detendremos a analizar los motivos que originaron la emisión de estas Medidas Cautelares, sin embargo, si el lector quisiera profundizar en las mismas lo instamos a revisar las Medidas Cautelares ordenadas a República Dominicana en el año 1999, en especial la del 22 de noviembre de ese año.

tiene toda persona a buscarlo y a recibirlo, con sujeción a las leyes internas del país y las normas del derecho internacional aplicables. Aunque el asilo desde el punto de vista del **DIDH** es un derecho del individuo, su aplicación o su forma de ejercicio está regulada por un conjunto de normas específicas dentro el Derecho Internacional Público. Por eso, para mayor claridad y comprensión del lector, haremos un listado de los principales tratados que rigen la materia e iremos señalando las características principales de esta figura. Veamos:

a) Convención sobre Asilo de la Habana[32] (en adelante **CSAH**).
b) Convención sobre Extradición de Montevideo[33] (en adelante **CSEM**).
c) Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo[34] (en adelante **TSARP**).
d) Convención sobre Asilo Diplomático[35] (en adelante **CSAD**).
e) Convención sobre Asilo Territorial[36] (en adelante **CSAT**).
f) Declaración sobre Asilo Territorial[37] (en adelante **DSAT**).

La **Comisión Interamericana**, en palabras muy sencillas, define **asilo** como: "*Una institución en virtud de la cual se protege a individuos cuya vida o libertad se encuentra amenazadas o en peligro, por*

[32] Convención sobre Asilo, Firmada en la Habana el 20 de febrero de 1928 en la Sexta Conferencia Internacional Americana.
[33] Convención sobre Extradición, Suscrita en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional Americana.
[34] Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo de 1939, Suscrito en Montevideo, Uruguay, en 1939.
[35] OEA, Convención sobre Asilo Diplomático, Adoptada en la Décima Conferencia Interamericana realizada en Caracas, Venezuela el 28 de marzo de 1954. Entrada en vigor el 29 de diciembre de 1954.
[36] OEA, Convención sobre Asilo Territorial, Adoptada en la Décima Conferencia Interamericana realizada en Caracas, Venezuela el 28 de marzo de 1954. Entrada en vigor el 29 de diciembre de 1954.
[37] ONU, Declaración sobre Asilo Territorial, Adoptada por la Asamblea General en Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

actos de persecución o violencia derivados de acciones u omisiones de un Estado... La institución de asilo supone que la persona que pide protección es perseguida en su Estado de origen, y no que es apoyada por éste en su solicitud"[38]. Existen dos tipos de asilo, el asilo territorial y el asilo diplomático.

El **asilo territorial** es aquel que se produce cuando quién solicita asilo entra directamente al territorio del Estado donde busca asilo, sea por cualquiera de los límites territoriales. En este sentido la **CSAT**[39] establece en su **Art. I**: *"Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno"*. Esto será así aunque la persona que ingrese en su territorio lo haga subrepticiamente o de manera irregular (**Art. V**).

En **asilo diplomático**, en cambio, es aquel que se otorga, de acuerdo a la **CSAH Art. 1**, en las legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares[40]. La **CSAD** define legación como toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia de los jefes de misión y los locales habilitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de éstos exceda de la capacidad normal de los edificios (**Art. I**). El **TSARP** aumenta las posibilidades de los lugares donde se puede recibir este tipo de asilo y lo hace extensivo a las residencias de los jefes de misiones diplomáticas, en el caso de que no viviesen en el local de las embajadas o legaciones (**Art. 2**). Además este tratado hace la salvedad de que los buques de guerra o aeronaves militares que es-

---

[38] CIDH, Informe Anual del 2000, Capítulo VI: El asilo y su relación con crímenes internacionales.

[39] Esta es la más completa de todas las convenciones mencionadas, en cuanto al asilo territorial se refiere.

[40] Esto es así porque mediante una ficción jurídica estos lugares se consideran como extensiones del territorio del Estado al cual pertenecen.

tuviesen provisionalmente en diques o talleres, para ser reparados, no ampararan a los que en ellos se asilen (**Art. 9**). El asilo diplomático es una modalidad que sólo se ha desarrollado en Latinoamérica, obviamente eso atiende a la historia política de la región y a los constantes golpes de Estado y cambios de gobiernos que involucran la persecución de ciertos dirigentes políticos[41].

La figura del asilo, como tal, implica que aquel que lo solicita sea perseguido por razones o motivos políticos[42], incluso puede beneficiarse con este derecho si es perseguido por delitos políticos o comunes conexos con políticos, eso es lo característico de esta institución. En este punto coinciden todos los tratados internacionales que rigen en la materia: **CSAH Art. 2, TSARP Art. 2, CSAD Art. I.** De hecho, el Estado requerido no está obligado a conceder extradición de personas a las que se les requiera por haber cometido delitos políticos o comunes conexos con políticos (**CSEM Art. 3.e**), en sentido concordante el **Art. IV** de la **CSAT** establece: *"La extradición no es procedente cuando se trate de personas que, con arreglo a la* ***calificación del Estado requerido****, sean perseguidas por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos, ni cuando la extradición se solicita obedeciendo a móviles predominantemente políticos"* (lo resaltado es nuestro). No perdamos de vista que es el Estado requerido

[41] Otros Estados, sobre todo los europeos, no admiten el asilo diplomático y los Estados Unidos de América, que tampoco es partidario de esta doctrina, lo ha concedido en algunas ocasiones. En cambio, en América Latina esta institución se remonta al Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889.

[42] Es por eso que cuando leemos los tratados y leyes relativas a este tema debemos hacerlo desde la perspectiva de las necesidades POLÍTICAS de los Estados, de la necesidad de los gobernantes de crear una protección internacional que los ampare de situaciones críticas de violencia. Debemos recordar, por ejemplo, las implicaciones diplomáticas que pueden darse entre dos Estados fronterizos cuando un líder político nacional de uno de ellos se encuentre en el otro y su país de origen vea con recelo y temor esta situación. O bien, el interés que el Estado asilante pueda tener en mantener buenas relaciones con el Estado requiriente, son entre otras las consideraciones que hay que tener en cuenta cuando se aborda este tema.

quien hace la calificación de los delitos por los que la persona es perseguida.

También hay exclusiones al derecho a asilo, obviamente no se concede asilo cuando el solicitante de asilo es perseguido por delitos comunes, y en esto coinciden todos los tratados referentes a la materia: **CSAH Art. 1, TSARP Art. 3, CSAD Art. III.** Tampoco podrá gozar de este derecho, como dice la **DSAT** en su **Art. 1.2**: *"Ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos".* Sobre esto la **Comisión Interamericana** se ha manifestado diciendo que: *"...constituye una total desnaturalización de la institución del asilo el otorgar tal protección a personas que abandonen su país para eludir la determinación de su responsabilidad como autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales"*[43]. De acuerdo con la **CSAD** en su **Art. IV:** "*Corresponde al Estado asilante la calificación de la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución".* Tampoco podrán pedir asilo de acuerdo con la **CSAH** a los desertores de mar y tierra (**Art. 1**), sobre este punto la **CSAD** agrega que esto será así a menos que el hecho revista claramente carácter político (**Art. I**).

Naturalmente que la evaluación de la situación que motiva la petición de asilo, incluida la calificación del delito por el que se persigue al asilado y el carácter de urgencia de su solicitud, es un acto soberano del Estado requerido. Es el Estado requerido quien determina si concede o no el asilo: **CSEM Art. 4, TSARP Arts. 3** y **11, CSAD Art. II, IV** y **VII, DSAT Art. 1.3.** De hecho, como expresa el **Art. II** de la

[43] CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2000, Capítulo VI: El asilo y su relación con crímenes internacionales.

CSAD, el Estado no está obligado a otorgarlo, ni siquiera a declarar por qué lo niega. A lo que sí está obligado el Estado es a no devolver a una persona, que ha ingresado en su territorio, a otro Estado donde su vida e integridad personal corran peligro (**DSAT Art. 3**).

Como ejemplo de aplicación de este derecho podemos mencionar el **Caso 7.602 v. Cuba**[44]**,** donde la **CIDH** determinó que las acciones esgrimidas por Estado Cubano para impedir a la víctima el buscar asilo en una embajada extranjera y el hecho de despedirla del trabajo y tomar represalias contra ella por tratar de salir del país como asilada, constituyen una violación a su derecho de buscar asilo.

VI- <u>Refugiados</u>

La **CEDH** y el **PIDCP** no contemplan nada específico sobre esta materia, la **CADH** tampoco se refiere expresamente a los refugiados y pero por analogía podría ser aplicado el **numeral 7** relativo a asilo**,** diríamos que más que por analogía se aplica indistintamente se hable de refugiados o asilados. De hecho hay algunos internacionalistas que consideran los conceptos "asilo territorial" y "refugio" como sinónimos, y ciertamente ambas instituciones tienen muchos puntos comunes, pero no son lo mismo, pues, por una parte, ambas tienen tratados distintos que las regulan, y una, el refugio es mucho más abarcadora que el asilo. Recordemos que el término asilo atiende más a la persecución por motivos políticos o por delitos políticos, en cambio el concepto refugiado es mucho más abarcador.

El tema de los refugiados, con todas sus aristas, es amplísimo, de hecho por sí solo daría material para elaborar una obra de varios tomos; sin embargo, para efectos de este **Manual** nos interesa que el lector tenga claros cuáles son los principales instrumentos internacio-

[44] CIDH, Caso 7602 v. Cuba, Resolución N° 6/82 de 8 de mayo de 1982.

nales que contienen este derecho y quiénes se podrán beneficiar del mismo. Sin más preámbulo, veamos cuáles son los principales instrumentos internacionales que rigen la materia:

a) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados[45] (en adelante **CSER**).
b) Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados[46] (en adelante el **Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado**).
c) Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados[47] (en adelante **PSER**).
d) Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados[48] (en adelante el **Manual de Procedimientos**).

La propia **Comisión Interamericana** con motivo de la sustanciación de un caso donde se aplicó el **numeral 7** del **Art. 22** interpretó que el criterio: "los convenios internacionales" se refiere a la **CSER** y al **PSER**. Además en el **Caso de los 120 Ciudadanos Cubanos y 8 Ciudadanos Haitianos Detenidos en Las Bahamas**[49], la **CIDH** re-

[45] ONU, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas, convocada por el Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950.
[46] ONU, Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950.
[47] ONU, Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados, aprobado por el Consejo Económico y Social en su Resolución 1186 (XLI), de 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su Resolución 2198 (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
[48] Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra 1979. Este es un instrumento interpretativo, orientador, no contiene disposiciones de carácter normativo.
[49] CIDH, Caso de los 120 Ciudadanos Cubanos y 8 Ciudadanos Haitianos Detenidos en las Bahamas, Informe de Admisibilidad N° 6/02 del 3 de abril de 2002.

conoció que puede utilizar la **CSER** y el **PSER** para *facilitar la interpretación* del **Art. XXVII** de la **DADH,** el cual es análogo al numeral que comentamos. Hemos decidido enumerar también al **Manual de Procedimientos** por su indiscutible función orientadora[50].

Veamos ahora, quién puede ser considerado refugiado:

a) Los refugiados amparados por instrumentos anteriores a la **CSER,** es decir, los señalados en el **párrafo 1)** de la **sección A** del **Art. 1** de la **CSER.** Estos son los llamados *statutory refugees*.
b) Los refugiados comprendidos en la definición general de la **CSER**, o sea, los comprendidos en el **párrafo 2)** de la **sección A** del **Art. 1,** según el cual el término refugiado se aplicará a toda persona: "*Que, **como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951** y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él*" (lo resaltado se refiere a la limitación *ratione temporis* de esta disposición). Esta es la definición internacionalmente aceptada que conceptúa el término refugiado, es en base a la existencia de los requisitos contenidos en esta definición que se declara a una persona como refugiado.

[50] Como dice el punto v) de su Prólogo: "*Dado que el manual se ha concebido como una guía práctica y no como tratado de derecho de los refugiados…*"

c) Aquellos refugiados reconocidos como tales en virtud del **PCSER,** de acuerdo con el **numeral 2.** de su **Art. I**, el cual reafirma la citada definición de la **CSER**, pero amplía su radio de acción al eliminar la limitación *ratione temporis* que ésta establecía. Por lo que permanecen vigentes hasta nuestros días todos los demás componentes de esa definición. Un Estado puede ser parte de este instrumento, sin ser parte de la **CSER.**

d) También los llamados "mandate refugees", de acuerdo al **Manual de Procedimientos:** "*Toda persona que responda a los criterios del Estatuto del ACNUR reúne las condiciones necesarias para recibir la protección de las Naciones Unidas proporcionada por el Alto Comisionado, independientemente de que se encuentre o no en un país que sea parte en la Convención de 1951 o en el Protocolo de 1967 o de que su país de acogida le haya reconocido o no la calidad de refugiado en virtud de cualquiera de esos instrumentos*" (**Párrafo 16)**. Por lo que una persona puede ser, al mismo tiempo, refugiado amparado por el mandato del **Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados** (en adelante ACNUR) y refugiado amparado por la **CSER** o el **PSER**.

Las disposiciones de la **CSER** por las que se define quién es refugiado se dividen en tres partes, cláusulas de inclusión, cesación y exclusión. Las **cláusulas de inclusión**, las cuales acabamos de numerar y comentar, establecen los criterios a que debe responder una persona para ser considerada refugiado. Constituyen la base positiva sobre la que se apoya la determinación de la condición de refugiado. Las **cláusulas de cesación**[51] indican las condiciones en que un refugiado deja

[51] CSER, Párrafos 1) a 6) de la Sección C del Artículo I. De acuerdo al Manual de Procedimientos: "*Las cláusulas de cesación tienen carácter negativo y su enunciación es exhaustiva. Por consiguiente, deben interpretarse restrictivamente y no pueden aducirse, por analogía, otras causas para justificar la privación de la condición de refugiado*"(Párrafo 116).

de tener tal condición, y las **cláusulas de exclusión**[52] enumeran las circunstancias en las que una persona queda excluida de la aplicación de la **CSER**, aunque responda a los criterios positivos de las cláusulas de inclusión (**Manual de Procedimientos, Párrafos 30** y **31**).

De acuerdo al marco normativo internacional corresponde al Estado contratante, en cuyo territorio se encuentre el refugiado, evaluar si esa persona reúne las condiciones señaladas en la **CSER** y el **PSER.** Ninguno de estos dos instrumentos impone o sugiere a los Estados partes qué tipo de procedimientos han de adoptarse para determinar la condición de refugiado. Por ende cada Estado contratante puede establecer el procedimiento que estime adecuado[53], de acuerdo a estructura constitucional y administrativa. Naturalmente este procedimiento no debe ser contrario al objeto y fin de la **CSER**. Sin embargo, pese a esta discrecionalidad conferida al Estado, es necesario que este procedimiento esté determinado en alguna norma jurídica. Además según la **CIDH:** "*En opinión de la Comisión la legislación internacional ha evolucionado a un nivel en el que se reconoce el derecho de audiencia de una persona que busca refugio para determinar si cumple con lo previsto en la Convención*"[54]. La **Comisión Interamericana**

[52] CSER, Secciones D, E y F del Artículo I. De acuerdo al Manual de Procedimientos estas secciones: "*Contienen disposiciones en virtud de las cuales quedan excluidas de la condición de refugiado personas que por lo demás reúnen las características de los refugiados según se definen en la sección A del mismo artículo. Esas personas están comprendidas en uno de los tres grupos siguientes. El primer grupo (sección D del artículo I) comprende a las personas que ya reciben protección o asistencia de las Naciones Unidas; el segundo grupo (sección E del artículo I) se compone de las personas a las que no se considera necesitadas de protección internacional, y el tercer grupo (sección F del artículo I) enumera las categorías de personas a las que no se considera merecedoras de la protección internacional*"(Párrafo 140).

[53] El Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ExCom), en su Conclusión N. 8 emitida con ocasión de su 28° periodo de sesiones, en 1977, recomendó que los procedimientos se ajustasen a siete requisitos básicos.

[54] CIDH, Caso Haitian Interdiction v. Estados Unidos, Informe de Fondo Nº 51/96 del 13 de marzo de 1997.

en este caso consideró que era necesaria al menos una entrevista para determinar si los refugiados cumplían con las condiciones requeridas para adquirir tal declaratoria. La importancia de una entrevista radica en el carácter subjetivo del temor de ser perseguido. Además la **CrIDH** ha establecido que las garantías judiciales que aseguran el debido proceso, contenidas en el **numeral 2** del **Art. 8** de la **CADH**, se aplican a cualquier tipo de proceso donde se vean involucrados derechos que la persona necesite defender, frente a cualquier acto del Estado, es decir esta norma aplica a procesos de todos los órdenes[55].

El **Manual de Procedimientos** señala como uno de los principios generales relativos a los criterios para determinar la condición de refugiado que: *"De acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado"* (**Párrafo 28**). Por eso puede darse el caso que refugiados que no hayan sido declarados como tal por el Estado donde se encuentren sean considerados por **ACNUR** como refugiados, y en consecuencia beneficiarios de su ayuda.

Como hemos visto una persona podrá ser declarada refugiada por un Estado Parte de la **CSER** o del **PCSER** si reúne las condiciones señaladas en la definición contenida en la **Sección A del Art. I** de la **CSER**, la cual hemos reiterado. Dada las trascendencia de los términos empleados en dicha definición y las implicaciones que su inter-

[55] CrIDH, Caso Tribunal Constitucional v. Perú, Sentencia de Fondo de 31 de enero de 2001. CrIDH, Caso Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) v. Panamá, Sentencia de Fondo de 2 de febrero de 2001.

pretación puede tener en la declaración de una persona como refugiado, haremos referencia, a algunos de ellos que consideramos básicos:

a) **"Fundados temores de ser perseguida"**: es la parte esencial de la definición. Como quiera que el **temor** es un elemento subjetivo[56], y debe ser evaluado tomando en cuenta esta naturaleza. Este temor debe ser razonable (**Manual de Procedimientos, Párrafo 41**). El que éstos sean **fundados implica** que los mismos deben estar motivados por una situación objetiva, esta situación objetiva consiste en la **persecución** por alguno de los motivos señalados en la definición (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas). Es decir debe haber una relación causal entre los temores y la persecución. La permanencia en su país debe ser intolerable por los motivos que se señalan en la definición. A este respecto el **Manual de Procedimientos** infiere que: *"... la expresión -fundados temores de ser perseguida-, al distinguir un motivo específico, da lugar automáticamente a que todas las demás razones de huida sean ajenas a la definición. Excluye a personas como las víctimas del hambre o de los desastres naturales, a no ser que además tengan fundados temores de ser perseguidas por una de las razones señaladas"* (**Párrafo 38**). En este sentido, el **Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado** en la **Sección A** de su **Art. 6** habla de *"razones que no sean de mera conveniencia personal"*. Por lo tanto vemos que esto es parte de la propia naturaleza de la figura del refugio.

[56] Conviene agregar algunos criterios relativos a la naturaleza subjetiva de este concepto, presentados por el Manual de Procedimientos, así este documento expresa que: *"Dado que el concepto de temor es subjetivo, la definición implica un elemento subjetivo en la persona que solicita ser reconocida como refugiado. Por consiguiente, la determinación de la condición de refugiado requiere primordialmente una evaluación de las declaraciones del solicitante más bien que un juicio de valor sobre la situación imperante en su país de origen"* (Párrafo 37).

b) **"Persecución":** Amenazas contra la vida o la integridad personal, sin perjuicio que de acuerdo a la evaluación hecha en cada caso, pueda considerarse que otras violaciones graves a los derechos humanos puedan ser consideradas como persecución. (**Manual de Procedimientos, Párrafo 51**). También puede ocurrir que una serie de medidas violatorias de los derechos humanos (como discriminación), combinadas con otros factores adversos (como el clima de inseguridad en el país de origen) examinadas en conjunto, puedan considerarse que han producido en la mente del solicitante efectos que justifiquen los fundados temores de ser perseguido.

c) **"Por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas":** En términos generales, no tiene relevancia jurídica que la persecución se deba por uno de estos motivos o por la concurrencia de dos o más (**Manual de Procedimientos, Párrafo 66**).

d) **Refugiados "Sur Place":** Son aquellos que por circunstancias que hayan surgido en su país de origen durante su ausencia. Han solicitado la condición de refugiado durante su residencia en el extranjero. "Una persona puede convertirse en refugiado "sur place" como resultado de sus propias actividades, por ejemplo, frecuentando el trato de refugiados ya reconocidos (**Manual de Procedimientos, Párrafo 96**).

Comentando otros casos atendidos por los organismos del **Sistema Interamericano**, podemos mencionar que la **CrIDH** en el **Caso Castillo Páez**, consideró que el hecho de que la hermana de la víctima tuviera que ir a buscar refugio a Europa fue uno de los generadores, del daño moral sufrido por ésta[57]. En el **Caso 9619** la **CIDH,** en el marco

[57] CrIDH, Caso Castillo Páez v. Perú, Sentencia de Reparaciones del 27 de noviembre de 1998.

de un ataque del ejército hondureño a un campamento de refugiados salvadoreños, consideró que el Estado tiene el deber de respetar y garantizar la seguridad e integridad de los refugiados que se encuentran en su territorio[58]. Nosotros agregaríamos que si bien, el Estado tiene el deber de velar por la seguridad y la integridad de toda persona que se encuentre en su territorio, este deber es mayor cuando se trata de grupo como los refugiados, quienes se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad[59] y porque al ingresar a un país distinto de su país de origen para buscar protección lo hacen porque de hecho sus derechos ya se han visto vulnerados en su país de origen.

A nivel de la **OEA** se intentó elaborar una Convención Interamericana sobre Refugiados[60], así el Comité Jurídico Interamericano preparó un anteproyecto de convención durante su sesión extraordinaria celebrada en abril de 1966. Era lógico que en esa época en América Latina, dada la situación histórica, se propusieran este tipo de iniciativas a nivel de los jefes de Estado, lastimosamente no llegó a completarse.

En **numeral 8** del **Art. 22** de la **CADH** se refiere expresamente al principio de no devolución o *non refoulment*, este es uno de los principios rectores en materia de derechos humanos de refugiados y de asilados[61]. Este principio, está consagrado en el **Art. 33** de la **CSER**, de la siguiente manera: "*Ningún Estado podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de*

---

[58] CIDH, Caso 9619 v. Honduras, Resolución N° 5/87 del 28 de marzo de 1987.

[59] De la necesidad de crear toda una estructura jurídica e institucional a nivel internacional para proteger sus derechos.

[60] Este proyecto fue encomendado al Comité Jurídico Interamericano por la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, reunida en Río de Janeiro en 1965. Era interesante porque incluso contemplaba una definición de refugiado, un tanto distinta a la de la CSER, decía*: "Para los efectos de esta Convención se entiende por refugiado a toda persona que al ingresar al territorio de una de las partes contratantes por causa de persecución no motivada por delitos de derecho común, se le reconozca esta calidad por el Estado territorial".*

[61] Contenido también en: DSAT Art. 3.1, CSAH Art. 2, CSAT Art. III.

los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas". En concordancia con este artículo, el **Manual de Procedimientos** recomienda que los funcionarios o policías de fronteras, deben actuar de acuerdo a este principio de no devolución y remitir siempre los casos a algún superior para los examine (**Párrafo 192**).

Uno de los casos paradigmáticos examinados por la **CIDH** es el **Haitian Interdiction,** en este caso el Gobierno de los Estados Unidos de América tenía la práctica de devolver al territorio haitiano a aquellas personas que salían de este país, hacia las costas norteamericanas, huyendo del régimen dictatorial de Duvalier. Naturalmente, estas personas cuando eran entregadas a las autoridades haitianas eran sistemáticamente víctimas de todo tipo de violaciones a sus derechos fundamentales. El absurdo y acomodaticio argumento con que Corte Suprema Norteamericana sustentaba que su Gobierno no estaba violando el **Art. 33** de la **CSER** consistía en argumentar que los refugiados haitianos eran devueltos en alta mar, es decir, fuera del mar territorial de los Estados Unidos y que por lo tanto no los estaban sacando de su territorio. Al final, la Comisión encontró culpable a EEUU de violar el **Art. VII** de la **DADH**, como dijimos, por interceptar a los refugiados haitianos y repatriarlos sumariamente. Además, la **CIDH**, determinó que si un Estado devuelve a una persona al territorio de otro Estado donde su vida e integridad personal corren un riesgo real de ser violados, aquel Estado, además de estar violando el principio del *non refoulment*, es responsable de las violaciones de estos otros derechos que se vieron vulnerados por la devolución. Por eso en este caso se encontró culpable a EEUU de violar otros derechos como el derecho a la vida.

Este derecho también está consagrado en la **DADH Arts. VIII y XXVII, DUDH Arts. 9, 13** y **14, CADF Art. 12** y **CEDF Art. 18, 19** y **45**

Derechos Políticos

1- La **CADH** establece:

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH Artículo 23. Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.	**CEDH Protocolo Nº 1** **Artículo 3 . Derecho a elecciones libres** Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.	**PIDCP** **Artículo 25** Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Los derechos políticos se diferencian de los demás derechos recogidos en los tratados de **DIDH** en que los mismos no son concedidos a todas las personas en general sino que su ejercicio se encuentra reservado solo para los ciudadanos, quedando dentro del margen de

apreciación estatal el definir quiénes serán considerados como ciudadanos, pero sin poder ser esa definición arbitraria o discriminatoria.

En cuanto a la naturaleza de este derecho la **CrEDH** en el **Caso Mathieu-Mohin And Clerfayt v. Belgium**[1] reconoce que la concepción del mismo ha evolucionado desde los trabajos preparatorios del **Protocolo 1** de la **CEDH,** que lo consagra, hasta el momento de su primera aplicación en un caso contencioso. En un primer momento se concibió al mismo como un derecho institucional a unas elecciones libres, luego tal concepto se fue reemplazando por el concepto de **sufragio universal** del cual se desprenden más fácilmente los derechos individuales de voto y de ser candidato a elección.

La confusión respecto a la naturaleza de este derecho es causada por la prioridad de las obligaciones que de su reconocimiento se generan. Mientras que para la mayoría de los derechos individuales la obligación estatal principal es la negativa de no intervención, siendo las obligaciones positivas que puedan derivarse complementarias, en el caso de los derechos políticos la obligación principal es la positiva de organizar elecciones libres. Por lo que, además, se podría pensar que es un derecho colectivo. Sin embargo, tanto de la redacción de los artículos que lo consagran en el **PIDCP** y en la **CADH** es evidente la naturaleza individual del derecho, y si bien la redacción del **Art. 3** del **Protocolo 1** de la **CEDH** no es tan clara, esto lo atribuye la **CrEDH** precisamente a la intención de las partes de resaltar la obligación principal a generarse.

Estos derechos son tan justiciables como el resto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos**,** sin embargo los Gobiernos han sido más reacios a permitir su tutela internacional de lo que

[1] CrEDH, Case of Mathieu-Mohin And Clerfayt v. Belgium, Judgment of March 2 of 1987.

lo son con el resto de sus derechos. Esto es así por que las violaciones a los derechos políticos casi siempre son motivadas por fuertes intereses políticos o económicos de los gobernantes o de los grupos de poder asociados a éstos. Generalmente se invoca el principio de autodeterminación de los pueblos para fundamentar la ilegitimidad de la supervisión internacional, sin embargo el **CDHONU** ha sido especialmente enfático en señalar que los derechos políticos a los que hacemos referencia en este capítulo son derechos individuales distintos del derecho general que tienen los pueblos a su autodeterminación, por lo que pueden ser objeto de peticiones individuales[2].

La **CIDH** ha realizado pronunciamientos específicos sobre su competencia *ratione materiae* para atender casos relativos a derechos políticos, lo cual no debería hacer falta puesto que estos derechos también están contemplados en la **CADH.** Como dijimos anteriormente, hay quienes consideran que por ser de naturaleza distinta, su examen no es competencia de los organismos internacionales de derechos humanos.

Así vemos, por ejemplo, que la **CIDH** ha tenido oportunidad de manifestarse sobre su competencia para examinar violaciones a los derechos políticos en su **Resolución N° 01/90**, donde se acumularon tres procesos contra México y en su **Informe N° 8/91,** relativo también a un caso mexicano. En ambos procesos el Estado Mexicano aducía, en esencia, que de examinar o pronunciarse, la **Comisión Interamericana,** sobre la autenticidad de sus procesos electorales o sobre la integración de los órganos políticos del país, esto representaría una violación al principio de no intervención, o de alguna manera se vería gravemente afectada la soberanía de México o su derecho a la autodeterminación.

[2] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.

Frente a estos argumentos la **CIDH** deja claro desde el principio, que cuando un Estado firma y ratifica[3] la **CADH** accede a que ciertos aspectos de su jurisdicción interna sean objeto de pronunciamiento por parte de los órganos instituidos para protección de los derechos y garantías reconocidos en la propia **CADH.** Por otro lado, continúa la **CIDH**, el principio de no intervención es una norma que regula las acciones de los Estados o de grupos de Estados, por tanto, sólo ellos pueden ser sujetos potenciales de intervención, y los no organismos internacionales. Además, tanto la **CADH**, como los otros instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos, así como los estatutos que regulan el funcionamiento de los organismos encargados de su cumplimiento, han sido puestos en vigor por los propios Estados miembros de la OEA, entre los cuales se encuentra México. Finalmente, la **Comisión Interamericana**, evaluó el factor de que históricamente los Gobiernos Mexicanos habían aceptado que la **CIDH** se pronunciara sistemáticamente sobre la situación de los derechos políticos en otros países, sin nunca haber cuestionado tal competencia[4].

En ese mismo caso la **CIDH** estableció en base a los instrumentos normativos que la regulan que: "*está facultada para examinar y evaluar en qué medida la legislación interna de los Estados Partes garantiza o protege los derechos estipulados en la Convención y su adecuado ejercicio y naturalmente entre éstos, los derechos políticos. Igualmente la Comisión Interamericana de derechos humanos está facultada para verificar, con relación a estos derechos, si la realización de elecciones periódicas, auténticas, con sufragio universal, igual y secreto se produ-*

[3] Con respecto a la Corte Interamericana esto opera de manera distinta, aquí se requiere que el Estado además de firmar y ratificar la CADH haya aceptado la competencia contenciosa de la Corte, la cual podrá hacer en el mismo momento del depósito de su instrumento de ratificación o en un momento posterior.

[4] CIDH, Casos 9768, 9780 y 9828 v. México, Resolución Nº 01/90, del 17 de mayo de 1990.

cen en un marco de garantías necesarias para que los resultados representen la voluntad popular, incluida la posibilidad de que los electores puedan, si fuere el caso, recurrir efectivamente contra un proceso electoral que consideran viciado, defectuoso o irregular o que desconoce o puede desconocer el derecho de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país"[5]. Aun así, la **CIDH** reconoce que sus poderes de supervisión no son absolutos, así en el **Caso Statehood Solidarity Committee v. USA,** relativo al derecho a participación equitativa en el gobierno, la **CIDH** dijo que: "*reconoce el grado de deferencia que corresponde otorgar a los Estados en la organización de sus instituciones políticas para dar efecto al derecho al voto y a participar en el gobierno. La Comisión sólo debe interferir en los casos en que el Estado ha restringido la esencia y la eficacia del derecho de las personas a participar en su gobierno"*[6]. Nos hemos detenido en este tema procesal, debido a las particulares que presentan los derechos que analizamos.

I- Principio de Democracia Representativa y Estado de Derecho

Dada la relación directa que hay entre el ejercicio de los derechos políticos y la existencia de una **democracia representativa**, donde éstos puedan desarrollarse, comenzaremos por referirnos a este concepto. Así vemos que la **Carta de la OEA**, enuncia en su **Preámbulo** que: "*la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región".* Esto se reafirma en su **Art. 3 (d),** que a la letra dispone: "*La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de*

[5] CIDH, Casos 9768, 9780 y 9828 v. México, Resolución Nº 01/90 del 17 de mayo de 1990.

[6] CIDH, Caso Statehood Solidarity Committee v. Los Estados Unidos de America, Informe de Fondo N° 98/03 del 29 de diciembre de 2003.

la democracia representativa". La **Carta Democrática Interamericana**[7] (en adelante **CDI**) dice en su **Art. 3:** "*Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos".* Realmente ha habido todo un desarrollo jurídico interamericano, en torno al compromiso de los Estados de proteger, preservar y desarrollar la democracia en la región, pero solamente haremos referencia a la **CDI** por ser este documento el más reciente.

Así la **CDI** en su **Preámbulo** reafirma que: "*La promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia".* En concordancia con el **Art. 7** que preceptúa: "*La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos".*

De acuerdo con la **CIDH:** "*El concepto de democracia representativa se asienta sobre el principio de que es el pueblo el titular de la soberanía política y que, en ejercicio de esta soberanía, elige a sus representantes –en democracias indirectas- para que ejerzan el poder po-*

[7] OEA, Carta Democrática Interamericana, Aprobada el 11 de septiembre de 2001, en el vigésimo octavo Periodo Extraordinario de Sesiones de la OEA, Celebrado en Lima Perú.

lítico"[8]*. "La democracia, como forma de organización política del Estado de Derecho, se basa en el principio de que la soberanía política es un derecho de los ciudadanos y que, en el ejercicio de dicha soberanía, los ciudadanos eligen a sus representantes, en quienes recae el poder político, respetando los derechos de aquellos que tienen puntos de vista minoritarios. Los representantes reciben un mandato de sus electores, quienes aspiran a una vida decente, a la libertad y a la democracia, objetivos que solamente pueden lograrse a través de un control eficaz de las instituciones públicas y mediante la existencia de un equilibrio entre todas las ramas del gobierno. Si bien los ciudadanos eligen a sus representantes, también participan en el proceso de adopción de decisiones por medio de una multitud de formas de expresión y reunión pacífica. La observancia eficaz de los derechos humanos requiere la existencia de un orden jurídico e institucional en el que las leyes son más importantes que la voluntad de los gobernantes, y en el que existe un equilibrio entre todas las ramas del gobierno con el fin de preservar la expresión de la voluntad popular: el Estado de Derecho"*[9]*.* Esta es la esencia del concepto de democracia representativa, un sistema político en el cual el pueblo escoge, de entre sus miembros, a aquellos que tomarán las decisiones que los van a afectar de alguna manera.

Para que esto exista y no sea ilusorio debe existir un **estado de derecho** es decir, "*un orden jurídico e institucional en el que las leyes se antepongan a la voluntad de los gobernantes y en el que exista un control de unas instituciones sobre otras, con el objeto de preservar la pureza de la expresión de la voluntad popular"*[10]*.* La **CIDH** profun-

[8] CIDH, Casos 9768, 9780 y 9828 v. México, Resolución Nº 01/90 del 17 de mayo de 1990.

[9] CIDH, Informe de País para Venezuela del 24 de octubre de 2003, Conclusiones.

[10] CIDH, Casos 9768, 9780 y 9828 v. México, Resolución Nº 01/90 del 17 de mayo de 1990.

dizó en el concepto de estado de derecho en el **Informe Especial de Venezuela del 2003** con los siguientes términos: "*La definición del Estado de Derecho se asienta en tres principios fundamentales. En primer término, el principio de la limitación del poder, que se concreta en la distribución constitucional del poder. En segundo lugar, el principio de legalidad, que establece que los órganos del Estado deben estar y actuar sometidos a la ley. La Constitución es la ley suprema, a la cual tienen que someterse todos los órganos del Estado, incluyendo ciertamente al titular del Poder Ejecutivo, quien no puede pasar por alto lo estipulado en ella. Finalmente, el tercer principio es el de la declaración de los derechos fundamentales*"[11].

Esto lo reafirma la **CDI** en su **Art. 4** cuando dice: "*La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia*". De ahí que las peores violaciones a los derechos humanos se registren en los regímenes dictatoriales y en aquellos, que sin dejar de serlo en el fondo, se disfrazan de democracias.

II - Margen de Apreciación

Ahora bien, lo anteriormente expuesto no implica que todos los Estados deban adoptar un modelo único y uniforme de democracia representativa, desde el punto de vista de los derechos humanos este extremo no es necesario[12]. Así la **CrEDH** ha manifestado que si bien los fines a perseguir en cada sistema electoral deben ser siempre los

[11] CIDH, Informe de País para Venezuela del 24 de octubre de 2003, Conclusiones.

[12] Incluso pretenderlo sería contrario a los Principios de la OEA, Art. 3 (e) de la Carta de la OEA: "Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado".

mismos (asegurar la independencia de los elegidos y la libertad de los electores)[13] a la hora de evaluar si existe una violación a este derecho debe hacerse la evaluación bajo la luz de la evolución política particular del Estado en cuestión pues, "*características que serían inaceptables en el contexto de un sistema podrían ser justificadas en el contexto de otro*"[14].

En definitiva, lo importante es que el modelo que se elija sea consecuente con el respeto de los derechos políticos en los términos enunciados en los instrumentos internacionales de derechos humanos de que sean parte cada uno de los Estados. Reafirmando lo anterior, la **CIDH,** ha dicho que: "*El derecho de participación política deja espacio para una gran variedad de formas de gobierno. Hay muchas alternativas constitucionales respecto al grado de centralización de los poderes del Estado o al de elecciones y facultades de los órganos responsables por el ejercicio de esos poderes. No obstante, una estructura democrática es un elemento esencial para el establecimiento de una sociedad política donde los derechos humanos puedan ser plenamente realizados*"[15].

El **CDHONU** establece que el principio de "una persona un voto" debe aplicarse en todo sistema electoral[16], sin embargo, la **CrEDH** ha señalado que no es una exigencia que todos los votos tengan igual peso sobre el resultado de las elecciones o que todos los candidatos tengan igual oportunidad de ganar[17]. Consideramos que la posición

---

[13] CrEDH, Case of Melnychenko v. Ukraine, Judgment of October 19 of 2004.
[14] CrEDH, Case of Melnychenko v. Ukraine, Judgment of October 19 of 2004.
[15] CIDH, Caso Walter Humberto Vásquez Vejarano v. Perú, Informe de Fondo Nº 48/00 del 13 de abril del 2000.
[16] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.
[17] CrEDH, Case of Mathieu-Mohin And Clerfayt v. Belgium, Judgment of March 2 of 1987.

de la **CrEDH** puede ser válida pero solo respecto a las elecciones de asambleas legislativas u otros cuerpos colegiados con alto número de miembros. De esta manera no son de plano incompatibles con los derechos humanos las regulaciones que alteran el peso de los votos para asegurar la representatividad, pues admite la **CrEDH** que los objetivos de reflejar con fidelidad la voluntad popular por un lado, y por el otro canalizar las corrientes de pensamiento de manera que se pueda desprender una voluntad política clara y coherente, pueden ser incompatibles entre sí[18]. Para ejemplificar, en las elecciones de órganos legislativos o parlamentarios generalmente el voto de una persona en un área de baja concentración de población tiene un mayor efecto sobre la composición final de la asamblea que el de una persona que habita en un área de alta concentración humana, medidas como estas son utilizadas para perseguir la representatividad de todos los sectores geográficos de la población y cada Estado deberá examinar la necesidad o no de las mismas de acuerdo a su contexto.

En el **Caso Statehood Solidarity Committee v. USA,** las víctimas, un grupo de residentes del Distrito de Columbia, alegaban que se les violaba su derecho a la participación en el gobierno del país, debido a que históricamente no se les ha permitido tener representación ante el Congreso, es decir el Órgano Legislativo de la nación. De hecho, no fue sino hasta 1992 cuando se les permitió elegir un delegado ante la Cámara de Representantes del Congreso, el cual tiene derecho a voto *no decisorio*, es decir que no puede ser decisivo en la toma de ninguna moción que se debata en ese Órgano. Esa es la esencia de este caso, que las víctimas no tenían una participación significativa o efectiva en el Órgano Legislativo. El Gobierno de USA justificaba la existencia del régimen especial por razones históricas, por ejemplo, que cuando se constituyó la Unión Americana era necesario restarle

[18] CrEDH, Case of Mathieu-Mohin And Clerfayt v. Belgium, Judgment of March 2 of 1987.

poder político al distrito donde estaría ubicada la sede del Gobierno central del país. En estas circunstancias la **CIDH** concluyó que las disposiciones pertinentes, relativas al derecho a la participación efectiva en el gobierno, deben interpretarse en el contexto de las circunstancias y normas actuales, y que si bien esta situación hace 200 años podía justificarse, en la actualidad carece de justificación objetiva y razonable, además no hay otro Estado Federal en el continente (P. Ej. Argentina, México, Brasil, Venezuela, o Canadá) que niegue a los residentes de su Capital Federal el derecho a votar por los representantes de su legislativo nacional.

Uno de los casos más famosos de nuestro Continente, en lo referente a los derechos políticos, es el **Caso Andrés Alwin Azócar y Otros v. Chile**[19]**,** en este caso la **Comisión Interamericana** determinó que la existencia de Senadores designados por ciertas instituciones del Estado y un Senador vitalicio (Augusto Pinochet)[20], no electo popularmente y quien ocuparía la presidencia del Senado, violaba los derechos políticos de los peticionarios y del resto de los ciudadanos chilenos. Porque de esta forma el Gobierno se aseguraba el control permanente del Senado, ya que estos Senadores designados y el vitalicio ocupaban la quinta parte de los integrantes de este Órgano. Así se diluía la voluntad popular, se hacía ilusoria la representación popular. Además se constituía una situación discriminatoria porque quienes elegían a los Senadores designados, tenían el derecho privilegiado a elegir a éstos y además el derecho, común a todos los ciudadanos chilenos de elegir a los Senadores en las elecciones ordinarias.

El ejemplo arriba citado nos sirve para demostrar cómo el análisis de los derechos políticos debe hacerse siempre a la luz de la tradición política de los Estados. De manera tal, que lo que era inaceptable a

[19] CIDH, Caso Andrés Aylwin Azócar y Otros v. Chile, Informe de Fondo Nº 137/99 del 27 de diciembre de 1999.

[20] Art. 45 de la Constitución Chilena de 1980.

la luz del sistema político Chileno, no es extraño en muchos países europeos donde por su tradición política monárquica existen cargos públicos que se ocupan de forma no solo vitalicia, sino además hereditaria, y esto no es considerado violatorio de los derechos humanos, a la luz del **Sistema Europeo**, como se refleja en **artículo 3** del **Protocolo 1** de la **Convención Europea** que consagra la obligación de realizar elecciones periódicas sólo para la legislatura, y más aún, la jurisprudencia de la **CrEDH** se refirió a los derechos de elegir y ser elegidos señalando que deben consagrarse **al menos** respecto a una cámara de la legislatura[21].

III - Obligación de Realizar Elecciones Periódicas y Auténticas

Las elecciones para satisfacer los estándares del **DIDH** deben ser **periódicas** y **auténticas**. Como acertadamente señala el **CDHONU** la celebración de elecciones que reúnan estas dos condiciones es esencial para que los representantes que sean investidos de poder público se vean en la posición de tener que responder por el ejercicio que han hecho de los mismos[22].

Para la **Comisión**, las elecciones serán **auténticas** si existe una correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección. Lo que, agregaríamos nosotros, implica la ausencia de coerciones en todas sus formas, que distorsionen la voluntad de los ciudadanos[23]. Esta condición de autenticidad abarca dos categorías diferentes de fenómenos, (a) Las condiciones generales del proceso electoral y (b) La organización del proceso electoral del voto. Sobre

[21] CrEDH, Case of Mathieu-Mohin And Clerfayt v. Belgium, Judgment of march 2 of 1987.

[22] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.

[23] CIDH, Casos 9768, 9780 y 9828 v. México, Resolución Nº 01/90, del 17 de mayo de 1990.

este tema la **Comisión** se refirió ampliamente en la **Resolución Nº 1/90,** veamos:

Las **condiciones generales del proceso electoral**: "*ellas deben conducir a que las diferentes agrupaciones políticas participen en el proceso electoral en condiciones equivalentes, es decir, que todas cuenten con condiciones básicas similares para el desarrollo de su campaña. En términos negativos, esta característica implica la ausencia de coerciones directas o de ventajas indebidas para uno de los participantes en la contienda electoral".* La **CIDH** señala como ejemplos de situaciones que afectan las condiciones generales del proceso electoral: la violencia ejercida contra candidatos de oposición, las amenazas del Gobiernos con relación a un triunfo de la oposición, restringirle a la oposición del acceso a los medios de comunicación, entre otros que casi no hace falta numerar. La **CDI** también estatuye la responsabilidad del Estado de organizar, llevar a cabo y garantizar procesos electorales libres y justos (**Art. 23**). Entre las condiciones esenciales que deben rodear una elección los organismos internacionales han señalado, en especial, el respeto de las libertades de expresión, reunión y asociación sin las cuales no se pueden llevar acabo elecciones auténticas[24].

En cuanto a la **organización del proceso de emisión de voto**: la misma debe caracterizarse por procurar que haya una equitativa representación de los partidos políticos y por suscitar la confianza de los electores. Las leyes que regulan el proceso electoral deben garantizar tanto su emisión como su recuento correcto y transparente. De acuerdo a la **CIDH** la supervisión internacional: "*tiene por objeto detectar la eventual manipulación del proceso a favor de quienes contro-*

[24] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.

lan las instituciones (generalmente el gobierno, un partido político o las fuerzas militares), determinar quiénes deciden sobre la validez del voto (composición de los organismos electorales) y cómo se controlan sus decisiones (órganos de apelación)". "En este sentido, la Comisión ha realizado observaciones sobre aspectos de operación práctica como han sido los registros electorales y las condiciones para inscribirse en ellos; la conformación de las mesas electorales; la composición del tribunal electoral y sus facultades; y la existencia de boletas electorales comprensibles y carentes de influencia sobre el elector"[25].

Respecto al requisito de periodicidad no encontramos nada en el **DIDH** que nos permita señalar una frecuencia determinada con que deban realizarse las elecciones, sin embargo el **CDHONU** ha señalado que: "*Las elecciones deben realizarse en intervalos que no sean indebidamente largos y que aseguren que las autoridades del gobierno continúen estando basadas en la libre expresión de la voluntad de los electores*"[26].

Otro de los elementos esenciales del proceso electoral, y por consiguiente del ejercicio de los derechos político, lo constituyen los **Organismos Electorales.** A este respecto a dicho la **CIDH**, que: "*Es facultad del Estado determinar la naturaleza y modalidades que deben asumir tanto los organismos electorales como aquellos encargados de adoptar decisiones respecto a los reclamos que se presenten en materia electoral, siempre y cuando tales organismos, en sí mismos y en relación con el sistema en el que operan, garanticen el ejercicio de los derechos políticos a través de la independencia e imparcialidad con que desempeñan sus funciones*"[27]. El **CDHONU** ha considerado que los

[25] CIDH, Informe Anual de Haití de 1990, Capítulo I: Derehos políticos.
[26] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.
[27] CIDH, Caso "Estado de Nuevo León" v. México, Informe Nº 8/91 del 22 de febrero de 1991.

organismos electorales deben ser necesariamente independientes[28], opinión que compartimos.

IV - Derechos de Elegir y de Ser Elegido

La **CIDH** ha señalado, citando a la Corte Suprema de USA que: "*el derecho al voto es la garantía fundamental de la democracia representativa y cualquier otro derecho, incluso los más básicos, quedarían ilusorios o en entredicho si se disminuye el derecho al voto. El derecho al voto y la democracia representativa constituyen la garantía de los demás derechos*"[29]. Continúa diciendo la **CIDH** que: "*El derecho a elegir y ser elegido en elecciones abiertas, realizadas por sufragio universal e igual, que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, cumple en la democracia representativa una función legitimadora esencial de la autoridad política*"[30].

Respecto al derecho al voto, el Estado está en obligación de tomar todas las medidas posibles para asegurar que quienes tengan derecho a ejercerlo puedan hacerlo, tal y como se desprende de los comentarios del **CDHONU**: "*Los Estados deben tomar medidas efectivas para asegurar que todas las personas con derecho a votar puedan ejercer dicho derecho. Cuando el registro de votantes sea requerido, este debe ser facilitado y no deben ser impuestos obstáculos a dicho registro. Si requisitos de residencia aplican al registro, estos deberán ser razonables, y no deben ser impuestos de una manera tal que excluya a los indigentes del derecho a votar. Cualquier interferencia abusiva con el registro o el voto así como la intimidación o coerción de votantes*

---

[28] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.

[29] CIDH, Caso Andrés Aylwin Azócar y Otros v. Chile, Informe de Fondo Nº 137/99 del 27 de diciembre de 1999.

[30] CIDH, Caso Andrés Aylwin Azócar y Otros v. Chile, Informe de Fondo Nº 137/99 del 27 de diciembre de 1999.

deberá estar prohibida por normas penales y tales normas deberán ser estrictamente aplicadas. Campañas de registro y educación del votante son necesarias para asegurar el efectivo ejercicio de los derechos del artículo 25 por una comunidad informada... Deben ser tomadas Medidas positivas para superar dificultades especiales, tales como analfabetismo, barreras de lenguaje, pobreza, o impedimentos a la libertad de circulación que prevengan a las personas con derecho a votar de ejercer sus derechos efectivamente. Información y materiales sobre la votación deberán estar disponibles en los lenguajes de las minorías. Métodos específicos, tales como fotografías y símbolos, deben ser adoptados para asegurar que los votantes analfabetas tengan adecuada información en que basar su decisión"[31].

A. Restricciones del Derecho a Voto

En lo relativo a las restricciones al **derecho a votar** en las elecciones y referendos, la **CIDH** ha dicho que : *"sólo podrá ser objeto de restricciones razonables, como la fijación de un límite mínimo de edad para poder ejercer tal derecho. No es razonable restringir el derecho de voto por motivos de discapacidad física ni imponer requisitos o restricciones relacionadas con la capacidad para leer y escribir, el nivel de instrucción o la situación económica. La afiliación a un partido no debe ser condición ni impedimento para votar"*[32].

Una de las restricciones más comunes que imponen los Estados es la de reservar los derechos de elegir y ser elegidos a quienes residen en su territorio. Este requisito de residencia para el ejercicio del derecho a voto, la **CrEDH** lo considera razonable y compatible con los

[31] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.

[32] CIDH, Caso Andrés Aylwin Azócar y Otros v. Chile, Informe de Fondo Nº 137/99 del 27 de diciembre de 1999.

derechos humanos por las siguientes razones: *"(1) La presunción de que un no residente está menos directa o continuamente relacionado con, y tiene menos conocimiento, de los problemas del día a día de un país. (2) Lo impráctico y a veces indeseable (y en algunos casos imposible) de que los candidatos presenten los diferentes temas electorales a los ciudadanos que habiten en el extranjero para efectos de asegurar la libre expresión. (3) La influencia de los ciudadanos residentes en la selección de los candidatos y la formulación de sus programas electorales. Y (4) la correlación entre el derecho individual de votar en las elecciones y el ser directamente afectado por los actos de los cuerpos políticos elegidos"*[33].

Otra de las restricciones más comunes aplicadas al derecho a voto es la que se aplica a las personas privadas de libertad, por razón de esa condición. Tal restricción ha sido objeto de numerosos debates en el campo de los derechos humanos, hay quienes defienden la institucionalidad de la misma, pues consideran que la naturaleza anti-social del delito debe ser castigada con suspensión de los derechos políticos. Dicha posición ha sido fuertemente criticada en el **Caso *Paramount*: Sauvé v. The Attorney General of Canada (No. 2)** en dicho caso, la mayoría de la **Corte Suprema Canadiense** opinó lo siguiente: "*Con respecto al primer objetivo de promover la responsabilidad cívica y el respeto por la ley, negar a los internos de centros penitenciarios el derecho a voto tiende más a enviar un mensaje que mine el respeto por la ley y la democracia que uno que resalte esos valores. La legitimidad de la ley y la obligación de obedecer la ley nace directamente del derecho de cada ciudadano a votar. El denegar a los prisioneros el derecho a voto es perder un medio importante para enseñarles valores democráticos y responsabilidad social*"[34] .

---

[33] CrEDH, Case of Hilbe v. Liechtenstein, Decision of September 7 of 1999.

[34] CSJC, Sauvé v. The Attorney General of Canada (No. 2), Judgment of October 31 of 2002.

En el **Caso Hirts v. United Kingdom (No. 2)** la **CrEDH** frente una situación similar valoró la posición del tribunal canadiense pero no llegó a señalar que tal restricción fuera violatoria de los derechos humanos *per se,* sin embargo, se refirió a la circunstancia de que la misma era aplicada automáticamente por la duración completa de la detención sin que la aplicación o no de esta pena accesoria pudiese ser discutida en el proceso penal y sin la posibilidad de que el juez pudiera aplicar una individualización de la pena, lo que contraría las teorías modernas del derecho penal. Por otra parte, se consideró el hecho de que era el azar y no la gravedad del delito o las circunstancias personales del delincuente las que determinaban la magnitud de esta pena accesoria, pues la aplicación de la misma dependía únicamente del hecho aleatorio de encontrarse en prisión en el momento que se estuviese celebrando el proceso electoral. Bajo esas circunstancias encontró la **CrEDH** que la restricción de voto a los prisioneros de la manera que era aplicada en el Reino Unido era violatoria de los derechos humanos[35].

El **CDHONU** ha sido enfático sobre este tema señalando que: "*Si la condena por una ofensa es base para suspender el derecho a votar, el periodo de dicha suspensión debe ser proporcional a la ofensa y la sentencia.* ***Las personas que son privadas de libertad pero que no han sido condenadas no deben ser excluidas de ejercer el derecho a votar***"[36] (el resaltado es nuestro).

Una situación más grave se da en muchos Estados en los que ni siquiera existe una norma legal que prohíba el voto a los detenidos, sino que la simple ausencia de una estructura administrativa que permita votar en centros penitenciarios es lo que les impide hacerlo. Es espe-

[35] CrEDH, Case of Hirst v. UK (No. 2), Judgment of March 30 of 2004.
[36] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.

cialmente grave esta situación porque incluso llega a afectar a quienes no han sido condenados por ningún delito pero que en la espera de juicio se encuentran bajo detención preventiva. Los Estados en que existe esta situación la sustentan simplemente en la imposibilidad física de los detenidos moverse a los centros de votación precisamente por su detención y consideran que no es una obligación el tomar medidas positivas para que puedan hacerlo, también aducen que el costo que el tomarlas representaría, y presentan como excusa la falta de recursos. Se plantea además una preocupación por que el gobierno de turno pueda utilizar su situación de poder para manipular el voto de los prisioneros. Otros Estados (como la República de Panamá) simplemente señalan que sus sistemas electorales, que son de carácter eminentemente territorial, son incompatibles con el voto de quienes se encuentran en centros penitenciarios. Ninguno de estos argumentos representa una justificación válida ante el derecho internacional de los derechos humanos que prohíbe absolutamente la aplicación de toda pena sin fundamento legal.

En cuanto a las restricciones al derecho a votar fundadas en razones de orden geográfico la **CIDH** en el ya citado **Caso Statehood Solidarity Committee** en que se negaba el derecho a votar para la elección del órgano legislativo a los residentes del Distrito de Columbia consideró que el derecho de las víctimas a participar en la toma de las decisiones del Órgano Legislativo, nacía del hecho de que el Congreso ejerce amplios poderes para considerar y aprobar legislación en esferas como los impuestos, la defensa nacional, las relaciones exteriores, la inmigración y el derecho penal. Estas medidas claramente afectan u obligan a los residentes del Distrito de Columbia al igual que a los demás residentes de USA. Además el Congreso tiene la autoridad excepcional de ejercer todos los aspectos del control legislativo sobre el distrito: "*Esto a juicio de la Comisión, priva a los peticionarios de la esencia misma del gobierno representativo, a saber,*

que el derecho a gobernar reside en el pueblo gobernado". "Al igual que con otros derechos fundamentales, las restricciones o limitaciones al derecho a la participación en el gobierno deben estar justificadas por su necesidad en el contexto de la sociedad democrática, delimitadas por los medios, motivos, razonabilidad y proporcionalidad. Al mismo tiempo, al formular estas determinaciones, la Comisión debe interferir en los casos en que el Estado ha restringido la esencia y eficacia misma del derecho del peticionario a participar en su gobierno"[37]. En función de estas consideraciones fundamentales, la **Comisión Interamericana** encontró que los Estados Unidos de Norteamérica, violaba en perjuicio de los peticionarios el derecho a la participación política.

B. Restricciones al Derecho de Aspirar a Cargos de Elección Popular

El derecho de toda persona a ser elegido para ocupar cargos de elección popular implica, para quien aspire a ellos, el cumplimiento de serie de requisitos establecidos en la legislación electoral del Estado, estos requisitos tienen que cumplir con el imperativo de razonabilidad, debe tomarse en cuenta la naturaleza del cargo al que aspiran. El **CDHONU** agrega que los gastos relacionados con participar en la elección, tales como el costo de la inscripción o fianzas de participación, deben mantenerse dentro del rango de lo razonable[38]. La aplicación del requisito de residencia para ser candidato en elección ha sido considerada razonable por la **CrEDH**[39]. Por otro lado, la suspensión de estos derechos cae en la esfera de lo que se considera una sanción de dimensión penal y por lo tanto deberá tratarse con las máximas garantías.

---

[37] CIDH, Caso Statehood Solidarity Committee v. USA, Informe de Fondo N° 98/03 del 29 de diciembre de 2003.

[38] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.

[39] CrEDH, Case of Melnychenko v. Ukraine, Judgment of October 19 of 2004.

La **CIDH** ha reconocido que el vehículo idóneo para las postulaciones son los partidos políticos. Este Organismo es del criterio que: *"Los partidos políticos son institutos necesarios en la democracia… La democracia moderna descansa, puede decirse, sobre los partidos políticos…En oportunidad de cada acto electoral, los partidos seleccionan a los candidatos entre los cuales el elector deberá optar al emitir su sufragio; con lo cual imponen el orden de la opinión pública, ya que si los ciudadanos votasen directamente, sin esta labor previa de las aseguraciones partidarias, sobrevendría el caos y la anarquía en los comicios, los votos se dispersarían desordenadamente y quienes resultasen elegidos carecerían de representatividad por el escaso número de sufragios que obtendrían"*[40]. En este mismo sentido, la **CDI** señala en su **Art. 5** que: "*El fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia. Se deberá prestar atención especial a la problemática derivada de los altos costos de las campañas electorales y al establecimiento de un régimen equilibrado y transparente de financiación de sus actividades".* Es por eso que la **Comisión Interamericana** estima perfectamente viable que el Estado establezca una legislación restrictiva en cuanto a las posibles candidaturas **independientes**. Sin embargo, compartimos la opinión del **CDHONU** que considera que: "*El derecho de las personas de presentarse a ser electos no debe ser limitado irrazonablemente al requerir a los candidatos ser miembros de partidos o partidos específicos. Si se requiere a un candidato tener un número mínimo de simpatizantes para su nominación, este requisito no deberá ser irrazonable y no deberá actuar como una barrera a la candidatura*"[41]. Agregaríamos nosotros que el requisito de participar a un partido es violatorio del aspecto negativo de la libertad de asociación pues obliga a una persona a adherirse a una asociación, para poder ejercer un derecho fundamental.

---

[40] CIDH, Caso 10.109 v. Argentina, Resolución Nº 26/88 del 13 de septiembre de 1988.

[41] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.

Por último, debemos mencionar que el derecho a ser elegido comprende también el derecho a permanecer en el cargo una vez que se ha sido electo, por lo que el **CDHONU** establece que las causales de remoción y suspensión deben estar expresamente establecidas en la ley y los procedimientos para ello deben acordes con los postulados del debido proceso[42], en ese mismo sentido la **CrEDH** ha considerado contraria a los derechos políticos la violación de los fueros especiales (ejemplo los fueros parlamentarios) que se dan a ciertos funcionarios públicos a razón de que puedan desempeñar correctamente sus funciones sin temor a represalias por lo mismo[43]. A pesar de que la necesidad de estos fueros o inmunidades para el correcto desarrollo de la democracia representativa es un principio de reconocimiento casi universal, la lamentable realidad es que este principio en muchos sistemas jurídicos es mal entendido y el fuero se ve extendido mucho más allá de lo requerido por el fin perseguido convirtiéndose de esa manera en una garantía de impunidad para la corrupción.

V - Derecho de Acceso a las Funciones Públicas

Este derecho constituye una limitante a libertad absoluta que pudiera tener el Estado en la toma de decisiones sobre la contratación de los empleados públicos, pues le obliga a ofrecer a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad el acceso a las mismas y a no ser arbitrario o irrazonable en la elección de los mismos, así señala el **CDHONU** que el acceso a las funciones públicas debe estar basado en principios generales de mérito[44]. Lamentablemente, esto no es así en la mayoría de los Estados latinoamericanos donde el nepotismo y

[42] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.
[43] CrEDH, Case of Sadak And Others v. Turkey, Judgment of June 11 of 2002.
[44] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.

el clientelismo partidista son las reglas generales que rigen la contratación de funcionarios públicos

En el análisis de este derecho se plantea la duda sobre si el mismo sólo regula el derecho a tener acceso a las funciones públicas o también tutela el derecho a mantenerse en ellas, la **CrIDH** y la **CIDH** tienen criterios distintos sobre este punto. En el **Caso del Tribunal Constitucional,** el Estado Peruano separó de su cargo a tres magistrados del Tribunal Constitucional luego de un proceso de acusación constitucional viciado en el cual se les violo el derecho al debido proceso. Dichos magistrados tampoco pudieron acceder a un recurso sencillo, rápido y efectivo para la restitución de los derechos conculcados. La **Corte Interamericana** reconoció que esa situación impidió a los Magistrados mantenerse en sus cargos bajo las condiciones que se establecen en el **Art. 23.1 (c)** de la **CADH.** Sin embargo, y esto es lo interesante, la **CrIDH** consideró que **no se violó** el mencionado artículo porque: "*Los tres magistrados que sufrieron la destitución* ***ya tuvieron acceso a la función pública en condiciones de igualdad****; en este caso se han suscitado cuestiones que implican la violación de otras disposiciones de la Convención, a saber, los artículos 8 y 25, que consagran el derecho de las víctimas a obtener protección judicial de conformidad con el debido proceso legal*" (lo resaltado es nuestro). La **Corte** en esta sentencia reconoció que no se respetó el **Art.23 1 (c)** y declaró que su posible violación no puede considerarse porque ya que se decretaron las violaciones a los **Arts. 8** y **25,** es decir que la violación a los derechos políticos quedó subsumida en la violación a estos dos artículos.

La **Comisión Interamericana** en cambio, sí considera que destituir a jueces o magistrados sin respetarles el debido proceso efectivamente viola, además del **Art. 8** relativo al debido proceso, el **Art. 23.1 (c)**. Tanto es así, que en el **Caso de los Jueces de Chiriquí**, la **CIDH**

decretó la violación del mencionado artículo sin que los peticionarios lo hubieran invocado, en decir siguiendo el principio *iura novit curia*[45], la **CIDH** dijo en ese caso: "*Igualmente esta situación impide el goce del derecho reconocido en el artículo 23.1 (c) de la convención en cuanto a -tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país-, ya que dicha igualdad tiene que estar respaldada por garantías que aseguren su vigencia*"[46]. En un caso posterior, el **Caso Walter Humberto Vásquez Vejarano,** la **CIDH,** fue más explicita y desarrolló más este tema de la destitución de jueces y magistrados, dijo en esta ocasión: "*La Comisión estima que el derecho de integrar, en condiciones de igualdad, el Poder Judicial de un país miembro de la Convención, es un derecho protegido por el Art. 23.1 (c). Ello significa que todas las personas que reúnan las condiciones preestablecidas para ello por el ordenamiento jurídico de un Estado, como por ejemplo, edad, nacionalidad, calificaciones profesionales, etc., tienen derecho, en condiciones de igualdad, de ser elegidas para dicho cargo, por lo que en el proceso de selección nadie puede ser discriminado 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*"[47]. La remoción de Jueces y Magistrados debe sujetarse estrictamente a los que dispone la ley, estos funcionarios, debido a la naturaleza de los cargos que ocupan deben gozar de una estabilidad tal que les permita ser independientes de influencias de otras ramas del gobierno e incluso,

---

[45] De acuerdo a este principio, reiterado muchísimas veces en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto la CrIDH como la CIDH puede declarar violaciones a artículos de la CADH aun cuando estos no hayan sido invocados por las partes, siempre que se desprenda su aplicación de los hechos probados del caso. Esta es una de las diferencias principales entre las instancias internacionales de derechos humanos y los tribunales internos.

[46] CIDH, Caso de los Jueces de Chiriquí v. Panamá, Informe de Fondo Nº 28/94 del 30 de septiembre de 1994.

[47] CIDH, Caso Walter Humberto Vásquez Vejarano v. Perú, Informe de Fondo Nº 48/00 del 13 de abril de 2000.

de sus superiores (como ocurrió por ejemplo en el Caso de los Jueces de Chiriquí) Siendo así las cosas, nos sumamos en esta ocasión al criterio de la **Comisión Interamericana** de considerar que este artículo también protege el derecho a ejercer las funciones públicas y no solo el acceder a ellas.

El **CDHONU** se ha pronunciado de manera incluso más progresista sobre este punto: "*Para asegurar el acceso en condiciones generales de equidad, el criterio y el proceso para el nombramiento, promoción, suspensión y destitución debe ser objetivo y razonable. Podrán ser tomadas medidas positivas en los casos apropiados para asegurar que haya acceso equitativo al servicio público para todos los ciudadanos.* ***Basar el acceso a los cargos públicos en igualdad de oportunidades y condiciones generales de merito, y proveer estabilidad****, asegura que la persona que ocupa el cargo públicos esté libre de interferencia o presiones políticas*"[48] (El resaltado es nuestro).

Sin embargo, debemos señalar que hay algunos cargos públicos que la ley considera como de libre remoción, es decir que admiten, por su naturaleza, una mayor flexibilidad para que el Estado separe del cargo a quien lo ejerce, esto no es totalmente incompatible con los derechos humanos y se puede justificar en la necesidad que tiene el ejecutivo de exigir a ciertos funcionarios un vinculo especial de lealtad. Ahora, incluso bajo esas circunstancias en que la ley sea flexible, debe seguirse siempre el procedimiento señalado en la misma y el respeto al debido proceso.

Es importante notar que el **SEPDH** no consagra el derecho de acceso a las funciones públicas que no sean de elección popular, de

[48] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 25: Participation in public affairs and the right to vote, 1996.

manera que los casos de este tipo son revisados únicamente a la luz de las garantías judiciales y el debido proceso. Al respecto la **CrEDH** ha considerado necesario distinguir entre los cargos públicos que confieren a su titular "una porción soberana de los poderes estatales", los que requieren un vínculo especial de "confianza y lealtad", y los otros puestos que no confieren dichos poderes, y por lo tanto no generan ese vínculo especial[49] (ejemplo los profesores y maestros que laboran en la enseñanza pública). En el caso de los primeros, juzga la **CrEDH**, que por la naturaleza especial de esos cargos las disputas entre las autoridades administrativas y quienes los ocupan caen fuera del ámbito de aplicación del derecho a las garantías judiciales (excepto los procesos en que se discutan derechos patrimoniales adquiridos de los mismos)[50]. Como vemos en este aspecto el **Sistema Europeo** es menos proteccioncita que los **Sistemas Interamericano** y **Universal**.

Este derecho también está consagrado en la **DADH Art. XX**, la **DUDH Art. 21**, **CADF Art. 13** y **Art. 39** y **40**

[49] CrEDH, Case of Pellegrin v. France, Judgment of December 8 of 1999.
[50] CrEDH, Case of Pellegrin v. France, Judgment of December 8 of 1999.

Derecho a la Igualdad Ante la Ley y Prohibición de la Discriminación

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH	**CEDH**	**PIDCP**
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 condición social **Artículo 24. Igualdad ante la Ley** Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.	**Artículo 14. Prohibición de discriminación** El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. **Protocolo Nº 7 CEDH** Articulo 5. Igualdad entre los esposos Los esposos deben gozar de igualdad de derechos y responsabilidades de carácter de derecho privado entre ellos, y en sus relaciones con sus niños, respecto al matrimonio, durante el matrimonio y en el evento de su disolución. Este artículo no debe prevenir a los Estados de tomar las medidas que sean necesarias en el interés de los niños. **Protocolo Nº12 CEDH** Artículo 1. Prohibición general de discriminación 1. El goce de cualquier derecho reconocido por la ley debe ser	**Artículo 2** 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. **Artículo 3** Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto. **Artículo 26** Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier

	asegurado sin discriminación en cualquier base tal como sexo, raza color, lenguaje, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, afiliación con una minoría nacional, propiedad, nacimiento u otro status 2. Nadie debe ser discriminado por cualquier autoridad pública en cualquier base tales como las mencionadas en el párrafo 1.	discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La **CrIDH** se refirió al derecho a la igualdad ante la ley y a la prohibición de la discriminación por primera vez en la **OC-4** de 1984, en esta Opinión Consultiva sentó las bases del contenido y alcances de este derecho. Posteriormente en la **OC-17** del 2002, abordó este tema desde el punto de vista de los derechos del niño y de la necesaria distinción en el trato jurídico que se les debe dar a los menores, y finalmente en la **OC-18** del 2003, volvió sobre esta temática pero en el contexto del derecho a la igualdad de los migrantes y de los trabajadores migratorios.

Comenzaremos refiriéndonos a la **relación entre los conceptos de no discriminación (Art. 1.1 de la CADH)** y la **igualdad ante la ley** (**Art. 24 de la CADH**), ya que como dijo el **Juez Piza Escalante:** *"…los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la no discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas las expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común"*[1]. Sin embargo, a pesar

[1] CrIDH, Opinión Consultiva 4 del 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Eescalante.

de complementarse son, como bien lo afirma el citado juez, dos derechos autónomos. La **CrIDH** en la **OC-18,** estableció que: *"La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación"*[2]. De hecho *"En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal"*[3]. Esto implica el deber del Estado de no adoptar disposiciones discriminatorias y de derogar aquellas que lo sean. Además, evitar cualquier forma de ejercicio del poder público que impida que las personas puedan gozar en pie de igualdad de los derechos consagrados en la **Convención Americana**.

Pese lo anterior, el distinguir entre estos dos conceptos y el recalcar su autonomía sí es de suma importancia para efectos de determinar, en casos concretos, la responsabilidad Estatal. En ese sentido debemos hacer énfasis en que el principio de **igualdad ante la ley** contenido en el **artículo 24** de la **CADH** prohíbe **toda discriminación legal o de origen legal** es decir contenida propiamente en la ley o producida por la interpretación Estatal de la misma. De esta manera guarda estrecha relación con la obligación de adoptar disposiciones de derechos contenida en el **artículo 2** del mismo instrumento.

Por su parte, el **artículo 1.1** de la **CADH** establece la **prohibición de la discriminación de cualquier tipo** pero sólo en relación al goce de los derechos reconocidos en la **CADH** y al cumplimiento que da el Estado a las obligaciones tanto positivas como negativas que la **Con-**

[2] CrIDH, Opinión Consultiva 18 de17 de septiembre del 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

[3] CrIDH, Opinión Consultiva 4 del 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

vención genera respecto a los mismos. En realidad este artículo tiene un doble contenido pues, por un lado, delimita la responsabilidad estatal al establecer la **obligación de respetar los derechos** y por el otro, consagra el principio de **prohibición de la discriminación,** que es autónomo.

Conviene, llegado a este punto presentar alguna definición de **discriminación**, así por ejemplo, el **Comité de Derechos Humanos de la ONU** definió la misma 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 opción 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"*[4].

La **CrIDH** ha sido reiterativa al mencionar en las tres Opiniones Consultivas citadas que: *"La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no correspondan con su única e idéntica naturaleza".*

Sin embargo, y en esto también ha sido reiterativa la **CrIDH**: *"… no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio,*

[4] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 18: Non-discrimination, 1989.

porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva por sí misma, de la dignidad humana". "Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles"[5]. La **CrEDH** ha ido más allá y sobre este punto ha señalado que existe una discriminación no sólo cuando se hacen distinciones injustificadas sino también cuando el Estado omite realizar aquellas distinciones que razonable y previsiblemente era necesario realizar para asegurar el debido respeto a los derechos humanos[6], en otras palabras no sólo existe la obligación negativa de no discriminar sino además una obligación positiva de adecuación.

En base a esos principios jurídicos el **CDHONU** ha señalado que: *"El principio de igualdad a veces requiere que los Estados Partes tomen medidas de acción afirmativas a efecto de disminuir o eliminar condiciones que pueden causar o ayudar a perpetuar la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado donde las condiciones generarles de cierta parte de la población eviten o dificulten el goce de los derechos humanos, el Estado debe tomar acciones específicas para corregir dichas condiciones. Tales acciones pueden conllevar otorgar por un tiempo a la parte de la población afectada cierto trato preferencial en asuntos específicos en comparación al resto de la población. Sin embargo mientras tales medidas sean necesarias para corregir la discriminación, serán de hecho casos de diferenciaciones legítimas"*[7].

---

[5] CrIDH, Opinión Consultiva 4 del 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Este criterio es esbozado por primera vez en la esta opinión consultiva, pero reiterado en la OC-17 y la OC-18.

[6] CrEDH, Case of Thlimmenos v. Greece, Judgment of Abril 6 of 2000.

[7] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 18: Non-discrimination, 1989.

Un ejemplo de este tipo de medida es el sistema de cuotas de participación política, que numerosos sistemas electorales contemplan, mediante estos sistemas se asegura un porcentaje mínimo de representación en la administración estatal para los grupos que tradicionalmente tienen poca participación en la misma por sus situaciones particulares. La **CIDH** ha aprobado y recomendado este tipo de práctica[8]. Respecto a los sistemas de cuota consideramos preferible que las legislaciones que los establezcan, lo hagan de manera abstracta consagrando el derecho de todo grupo a un mínimo de representación a señalar concretamente el beneficio para un grupo determinado, aunque esta fórmula tampoco es *per se* violatoria de los derechos humanos. Por ejemplo es preferible utilizar una fórmula que establezca que no podrán ser del mismo sexo más del 80% de los candidatos que la que establezca que el 20% de los candidatos deberán ser mujeres.

Lo anterior es sólo un ejemplo de las medidas de acción afirmativa que pueden ser tomadas por los Estados para combatir la discriminación. Estas medidas son innumerables y dependerán de cada caso específico e incluso pueden trascender la esfera de lo público para llegar a limitar derechos particulares. Sin embargo, las mismas deben usarse sólo cuando sean realmente necesarias y deben ser eliminadas cuando las condiciones cambien de manera que su necesidad desaparezca. Por otro lado, éstas no absuelven al Estado de su obligación de combatir las situaciones sociales que constituyen la causa de la discriminación, pues su naturaleza es provisional y el verdadero fin del derecho internacional de los derechos humanos es llegar al punto en que no sean necesarias.

---

[8] CIDH, Consideraciones Sobre la Compatibilidad de las Medidas de Acción Afirmativa Concebidas para Promover la Participación Política de la Mujer con los Principios de Igualdad y No Discriminación. Esto fue una consulta elevada a la CIDH por la Comisión Interamericana de Mujeres.

[9] CrEDH, Case of Price v. UK, Judgment of July 10 of 2001.

Esta obligación positiva se acrecienta especialmente para el Estado en relación con las personas respecto con las que se encuentra en posición de garante, por ejemplo, los detenidos[9]. Además, las minorías protegidas[10], los niños[11], las mujeres[12], los pueblos indígenas o tribales[13], los refugiados[14]. Bajo los razonamientos jurídicos expuestos, estos grupos gozan de una protección especial en el derecho internacional que se constituye en los llamados derechos diferenciados en función de grupo, los cuales abordaremos con muchos más detalle más adelante en este Manual. Por el momento, y a manera de ejemplificar lo que venimos exponiendo, la **Corte Interamericana** en la **OC-17** concluyó que: "*…en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es -per se- discriminatorio, en el sentido prescrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño*"[15].

---

[10] ONU, Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas o Lingüísticas, Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1992.

[11] ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

[12] ONU, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981.

[13] OIT, Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Adoptado el 27 de junio de 1989, por la Conferencia General en su septuagésima sexta reunión, entrado en vigor el 5 de septiembre de 1991.

[14] ONU, Convención sobre el Estatuto de Refugiados, Adoptada el 28 de julio de 1951, por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de Refugiados y de los Apátridas, Convocada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 429 (V) del 14 de diciembre de 1959, Entrada en vigor el 22 de abril de 1954. ONU, Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados, Aprobado por el Consejo Económico y Social el 18 de noviembre de 1966 y por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, Entrada en vigor el 4 de octubre de 1967.

[15] CrIDH, Opinión Consultiva 17 del 28 de agosto del 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

De esta forma, de acuerdo con los criterios de la **CrIDH**, una distinción sería legítima si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas[16]. El **Juez Piza Escalante,** quien ha profundizado sobre este punto, considera que el concepto de discriminación debe calificarse en función de tres criterios básicos: razonabilidad, proporcionalidad y adecuación. De acuerdo con la **razonabilidad** la "*distinción sería discriminatoria cuando fuere contraria a los principios de la recta razón, de justicia y del bien común*"[17]. De acuerdo al criterio de **proporcionalidad** una distinción sería discriminatoria "*si no se adecua a la posición lógica de ese derecho o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, si no encaja armónicamente en el sistema de principios y valores que caracterizan objetivamente ese ordenamiento como un todo*"[18]. De acuerdo con el criterio de **adecuación** una distinción puede resultar discriminatoria e ilegítima, "*con vista de las circunstancias relativas –históricas, políticas, económicas, sociales, culturales, espirituales, ideológicas, etc.- de la concreta sociedad en que las normas o conductas cuestionadas se producen o producen sus efectos*"[19]. Es esencial que la distinción que decida hacerse cumpla con estos tres criterios de forma inclusiva, es decir no basta con que uno o dos se cumplan solamente.

Como mencionamos, la **CrIDH** en la **OC-18** aborda el tema de la prohibición de la discriminación y la igualdad ante la ley desde el

---

[16] CrIDH, Opinión Consultiva 4 del 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

[17] CrIDH, Opinión Consultiva 4 del 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Eescalante.

[18] CrIDH, Opinión Consultiva 4 del 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Eescalante.

[19] CrIDH, Opinión Consultiva 4 del 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Eescalante.

punto de vista de los derechos de los migrantes en general y de los trabajadores migratorios en particular. Sin embargo, a nuestro juicio, el mayor aporte de la **OC-18**, es declarar que el Principio de Igualdad y No Discriminación es de ***jus cogens***. Así la **CrIDH** manifestó en esa **Opinión Consultiva** que: "*Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Eso implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas*"[20].

En cuanto a los efectos jurídicos del Principio de Igualdad y No discriminación la **CrIDH** dijo en la **OC-18** que: "*En cumplimiento de esa obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color u otras causales*"[21].

En cuanto a los casos examinados por la **CIDH**, vale la pena analizar el **Caso María Eugenia Morales de Sierra,** aquí los peticionarios

[20] CrIDH, Opinión Consultiva 18 de17 de septiembre del 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

[21] CrIDH, Opinión Consultiva 18 de17 de septiembre del 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

alegaban que una serie de artículos del Código Civil Guatemalteco[22] (de aquellos años) eran violatorios entre otros, del derecho a la igualdad ante la ley (**Art. 24 de la CADH**) y del deber del Estado de tomar medidas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio (**Art. 17.4 de la CADH**). En este caso la **Comisión** siguió los criterios generales del **Sistema Europeo** de considerar que una distinción basada únicamente en el sexo de una persona debe tener razones de mucho peso que la fundamenten. Es decir, agregaríamos nosotros, que este tipo de distinciones deben tener carácter excepcional y sólo deben emplearse cuando no puedan conseguirse los fines propuestos por otros medios.

En el caso que comentamos la **CIDH** consideró que: "*…las distinciones basadas en el género establecidas en los artículos impugnados no pueden justificarse y contravienen el derecho de María Eugenia Morales de Sierra establecido en el artículo 24. Esas restricciones tienen efecto inmediato y se plantean sencillamente en virtud del hecho*

[22] El artículo 109 disponía que la representación conyugal correspondía al marido, aunque ambos cónyuges tenían igual autoridad dentro del hogar. El artículo 110 estipulaba que el marido tenía ciertas obligaciones de proteger y asistir a la esposa, en tanto ésta tenía el derecho y la obligación especial de cuidar de los hijos menores y del hogar. El artículo 113 establecía que la esposa podía ejercer una profesión o tener otras responsabilidades fuera del hogar sólo en la medida en que ello no perjudique sus responsabilidades en el hogar. El artículo 114 establecía que el marido podía oponerse a que la esposa desempeñase actividades fuera del hogar cuando brindase un sustento adecuado del hogar y tuviese "motivos suficientemente justificados". El artículo 115 señalaba que la representación conyugal sólo podía ser ejercida por la esposa cuando el marido no lo ejerciere, particularmente cuando abandone el hogar, se encuentre detenido o ausente por otras razones. El artículo 131 establecía que el marido era quien administraría el patrimonio conyugal. El artículo 133 establecía excepciones a esta norma sobre la misma base establecida en el artículo 115. El artículo 255 disponía que, en los casos en que el marido y la esposa ejerciesen la patria potestad, era el marido quien representaría a los menores y administraría sus bienes. El artículo 317 establecía que ciertas clases específicas de personas podían ser exceptuadas de ejercer algunas formas de tutela, incluidas, entre otras, las mujeres.

de que las disposiciones citadas están vigentes. Como mujer casada, se le han negado en base a su sexo protecciones de que gozan los hombres casados y otros guatemaltecos. Las disposiciones que impugna restringen, entre otras cosas, su capacidad jurídica, su acceso a los recursos, su posibilidad de concertar cierto tipo de contratos (vinculados, por ejemplo, al patrimonio conyugal), de administrar esos bienes y de invocar recursos administrativos o judiciales, y tienen el efecto ulterior de reforzar las desventajas sistemáticas que impiden la capacidad de la víctima para ejercer una serie de otros derechos y libertades... El efecto global de las disposiciones impugnadas es denegar a la mujer casada su autonomía legal. El hecho de que el Código Civil prive a María Eugenia Morales de Sierra, como mujer casada, de la capacidad legal a la que otros guatemaltecos tienen derecho, hace vulnerables sus derechos a una violación sin recurso"[23].

En lo relativo al derecho de igualdad ante la ley, los Estados con frecuencia caen en el error de legislar únicamente para las mayorías, muchas veces con la buena intención de resolver los problemas más comunes que afectan a su población pero descuidando y cayendo en discriminar a otros sectores de la población. La **CrEDH** ha sido reiterativa en señalar que las realidades estadísticas no justifican por sí solas distinciones de trato. En el **Caso Wessels-Bergervoet**[24] la legislación holandesa establecía una diferencia en el derecho de recibir pensiones para las mujeres casadas respecto a los hombres casados que se fundamentaba en la realidad estadística de que en la mayoría de los casos eran los hombres los que aportaban el ingreso económico principal del hogar. En el **Caso Sahin**[25] la legislación Alemana conce-

[23] CIDH, Caso María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala, Informe de Fondo Nº 4/01 del 19 de enero del 2001.

[24] CrEDH, Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of June 4 of 2002.

[25] CrEDH, Case of Sahin v. Germany, Judgment of July 8 of 2003.

día derechos preferenciales a las madres sobre los padres en pleitos de custodia sobre hijos nacidos fuera del matrimonio, esta legislación se fundamentaba en que estadísticamente los hombres que tienen hijos fuera del matrimonio demuestran poco interés en involucrarse en la vida de estos, en ambos casos pese a la certeza de las estadísticas que fundamentaban las distinciones, las mismas fueron juzgadas discriminatorias por la **CrEDH**.

Como ejemplos de prácticas que han llegado a ser consideradas como discriminatorias por los organismos y tribunales internacionales podemos mencionar: La práctica de limitar la libertad de movimiento de la mujer casada en función del consentimiento de su esposo[26]. La diferenciación entre los derechos que tiene el hombre casado para adoptar el apellido de su esposa y los que tiene su esposa respecto adoptar el de aquel[27]. Las distinciones fundamentadas únicamente en el género entre la capacidad del padre y de la madre para transmitir su nacionalidad a sus hijos[28]. La diferenciación entre la edad mínima para consentir a una relación sexual heterosexual y una homosexual[29]. Diferencias entre las causales de divorcio reconocida para el esposo y la esposa[30]. Distinciones dentro del derecho social de arrendamiento entre la protección que se ofrece a la pareja de hecho heterosexual y la homosexual[31]. La poligamia[32] (a nuestro juicio únicamente lo es que cuando se le permite sólo a uno de los cónyuges)

---

[26] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 18: Non-discrimination, 1989.

[27] CrEDH, Case of Burghartz v. Switzerland, Judgment of February 22 of 1994.

[28] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 18: Non-discrimination, 1989.

[29] CrEDH, Case of Ladner v. Austria, Judgment of February 3 of 2005. CrEDH, Case of S.L. v. Austria, Judgment of January 9 of 2003. CrEDH, Case of L and V v. Austria Judgment of January 9 of 2003.

[30] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 18: Non-discrimination, 1989.

[31] CrEDH, Case of Karner v. Austria, Judgment of July 24 of 2003.

[32] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 18: Non-discrimination, 1989.

Por otra parte, son ejemplos de prácticas que han sido consideradas como no violatorias: Las distinciones impuestas legítimamente entre una persona que se encuentra bajo libertad condicional y el resto de la población[33]. La práctica de que los hijos dados en adopción pierdan sus derechos respecto a sus padres biológicos[34]. Las regulaciones de distinto salario mínimo para distintas profesiones o actividades[35]. El establecer requisitos distintos para la inmigración y naturalización de nacionales de distintos países en función de la relación que el Estado tenga con los otros Estados y el principio de reciprocidad internacional[36].

Es reconocido internacionalmente que se pueden establecer distinciones entre los extranjeros y los nacionales e incluso muchos tratados internacionales de derechos humanos las hacen[37]. En esto el Estado tiene mayor flexibilidad para proteger a sus nacionales sobre los extranjeros por ejemplo concediéndoles la exclusividad de los derechos políticos o impidiendo o regulando el acceso de los extranjeros a determinadas profesiones o actividades económicas. No obstante, tal flexibilidad no es absoluta pues no puede establecer distinciones que sean contrarias a los derechos fundamentales (salvo los expresamente reservados para los ciudadanos)[38], además en ciertas ocasiones las **CrEDH** ha llegado a declarar distinciones entre nacionales y ex-

[33] CrEDH Case of Case of Waite v. UK, Judgment of December 10 of 2002.
[34] CrEDH, Case of Case of Odièvre v. France, Judgment of February 13 of 2003.
[35] CrEDH, Case of Nerva And Others v. UK, Judgment of September 24 of 2002.
[36] CrIDH, Opinión Consultiva 4 del 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionado con la naturalización.
[37] ONU, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. OEA, Convención Americana de Derechos Humanos. Por citar algunos ejemplos.
[38] ONU, Human Rights Committee, General Comment Nº 15: The position of aliens under the Covenant, 1986.

tranjeros violatorias de los derechos humanos[39]. Tampoco es viable establecer distinciones injustificadas entre los extranjeros en función de su nacionalidad o su origen nacional[40].

En cuanto a los procesos judiciales, los juzgadores deben abstenerse de fundar sus juicios en elementos tales como el sexo, la religión o la raza de las partes, excepto cuando esto sea necesario para la determinación de la causa bajo juicio. Por ejemplo, la **CrEDH** consideró violatorio que un tribunal negara a un hombre la custodia de sus hijos en función de su orientación sexual pues ésta era irrelevante para determinar dicha causa[41]. No así en otro caso, donde en un proceso de custodia los tribunales evaluaron la religión de la madre (Testigo de Jehová), pues consideró la **CrEDH** que no podían pedir a un tribunal de familia que ignorase del todo los peligros que la práctica de la misma por la madre acarreaban para el niño[42] (entre ellos la negativa a permitirle recibir asistencia médica si la necesitase).

En cuanto a los derechos de las **personas transexuales,** la **CrEDH** en el **Caso Van Kück**[43] consideró que el Estado incurrió en una discriminación cuando, en un proceso civil en el que se debía interpretar el término "cirugía necesaria" contenido en un contrato de seguros para efectos de determinar las responsabilidad de la aseguradora, los tribunales alemanes fallaron que la cirugía de cambio de sexo no estaba incluida dentro de ese término. La **CrEDH** fundó este fallo en que a su juicio la evidencia médica que apunta hacia una anomalía en el

[39] CrEDH, Case of Koua Poirrez v. France, Judgment of September 30 of 2003. CrEDH Case of Kjartan Ásmundsson v. Iceland, Judgment of October 12 of 2004.
[40] ONU, Human Rights Committee, General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, 1986.
[41] CrEDH, Case of Salguero Da Silva Mouta v. Portugal, Judgment of December 21 of 1999.
[42] CrEDH, Case of Palau-Martínez v. France, Judgment of December 16 of 2003.
[43] CrEDH, Case of Van Kück v. Germany, Judgment of June 12 of 2003.

cerebro como causal de los problemas de transexualidad y a las hormonas y cirugía de cambio de sexo como único tratamiento (además fue evaluado el hecho de que la seguridad social alemana, la cual tiene una relación bastante estrecha con la seguridad privada en ese país, cubría las operaciones de cambio de sexo). No podemos compartir este fallo de la **CrEDH,** pues realmente no hay consenso médico para señalar que tal evidencia es conclusiva, consideramos la posición de la minoría disidente[44] más acertada en este punto. El Tribunal Europeo se extralimitó en ese caso al poner su propia valoración de la doctrina médica por encima de la hecha por el tribunal alemán e incluso por encima de la de los doctores que comparecieron al proceso, los que señalaron la cirugía como el tratamiento más recomendable pero no un tratamiento urgente o precisamente necesario.

Sin embargo, y a diferencia de la opinión que por mucho tiempo fue reiterativa de la **CrEDH**[45], consideramos que en los Estados donde se practican operaciones de cambio de sexo (con una frecuencia significativa) existe la obligación Estatal de tomar las medidas administrativas necesarias para proteger positivamente de la discriminación a las personas que deciden realizárselas. Es un hecho abiertamente conocido que existen numerosos prejuicios en contra de las personas transexuales en la mayoría de las sociedades, la tecnología médica ha avanzado al punto de que las cirugías conjuntamente con los tratamientos hormonales pueden ciertamente otorgar a una persona las características físicas necesarias para lucir convincentemente como una persona de un sexo distinto a su sexo biológico. Sin embargo, estos avances médicos se vuelven inútiles para estas personas si no

[44] CrEDH, Case of Van Kück v. Germany, Judgment of June 12 of 2003, Dissenting Opinion of Judges Cabral Barreto, Hedigan And Greve.

[45] CrEDH, Case of Rees v. UK, Judgment of October 17 of 1986. CrEDH, Case of Cossey v. UK, Judgment of September 27 of 1990. CrEDH, Case of Sheffield And Horsham v. UK, Judgment of July 30 1998.

pueden obtener documentación (pasaportes, documentos de identidad personal, licencias de conducir, certificados de nacimiento, etc…) que reflejen su nuevo sexo, y sufren una discriminación mayor que la que sufrían antes de la operación al tener que presentar frecuentemente en los trámites de la vida diaria documentación que los señala como de un sexo distinto al que aparentan. El proteger a estas personas de este tipo de discriminación es viable, pues como señalaron los **Jueces Bernhardt, Thór Vilhj Álmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Akarczyk and Voicu** [46]**,** si se hacen alteraciones excepcionales en la emisión de diversos documentos de distinta naturaleza (como aquellas para proteger la privacidad en la adopción), no hay razón por la cual no se puedan hacer estas alteraciones en los documentos de identificación de las personas transexuales para protegerlas de la discriminación.

Afortunadamente la jurisprudencia más reciente de la **CrEDH** ha tomado otro giro reconociendo la obligación estatal de reconocer a la persona que pasa por una cirugía de cambio de sexo todos los efectos legales de su nuevo sexo[47].

Como ya hemos mencionados uno de los temas más controversiales en materia de derechos humanos es el grado de obligación que tiene, para el **DIDH**, el Estado cuando actúa en su dimensión de empleador. Este tema adquiere especial interés en relación con la prohibición de discriminación pues la doctrina tradicional del derecho administrativo reconoce para los gobiernos una facultad casi absoluta para la contratación de empleados públicos. En el **Caso Sidabras**

[46] CrEDH, Case of Sheffield And Horsham v. UK, Judgment of July 30 of 1998, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Bernhart, Thór Vilhj Álmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarczyk And Voicu.

[47] CrEDH, Case of I. v. UK, Judgment of July 11 of 2002. CrEDH, Case of Christine Goodwin v. UK, Judgment of July 11 of 2002.

And Dziautas[48] donde la legislación prohibía el acceso al trabajo en el sector público y a determinadas profesiones dentro del sector privado a los ex-agentes de la KGB, la **CrEDH** concluyó que existía una violación en relación con las limitaciones para ejercer la profesión en el sector privado pero no en relación a la prohibición de trabajar en el sector público. Concordamos con la **Corte Europea** en que pueden existir fines legítimos que justifiquen el privar a determinados sectores de la participación en la administración estatal como era en ese caso el tratar de asegurar la lealtad de los servidores públicos.

Por último es pertinente analizar la relación entre las obligaciones positivas estatales relativas al principio de no discriminación y la libertad de expresión. La **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación**[49] establece en su **Art. 4**: "*Los Estados Partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:*

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda

[48] CrEDH, Case Sidabras And Dziautas v. Lithuania, Judgment of July 27 of 2004.

[49] ONU, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965, Entrada en vigor el 4 de enero de 1969.

incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella".

El **Comité de las Naciones Unidas** para la **Erradicación de la Discriminación Racial** ha considerado tales disposiciones compatibles con la libertad de expresión[50]. La **CrEDH** también lo ha hecho[51] pero ha advertido que se debe guardar un justo equilibrio entre la libertad de expresión y la prevención de la discriminación. En virtud del artículo citado se limita la libertad de expresión para prevenir la apología del odio racial, medida especialmente necesaria en los países donde las tensiones raciales tienen mayor gravedad, pero no se puede interpretar ese artículo en el sentido de presentar las ideas de odio racial dentro de contextos científicos, artísticos o informativos donde se busca reflejar realidades y no la apología de las mismas. Y tampoco debe ser exigible, como pensaban los **Jueces Gölcüklü, Russo And**

[50] ONU, Committee on The Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XV: On article 4 of the Covenant, 1993.
[51] CrEDH, Case of Jersild v. Denmark, Judgment of September 23 of 1994.

Valticos[52] que los difusores de las ideas expresamente señalen su desaprobación de las mismas.

Este derecho también está consagrado en la **DADH Art. II, DUDH Arts. 2** y **7, Carta de la OEA Art. 31, CADF Arts. 2, 18** y **28** y **CEDF Art. 21** y **23**

[52] CrEDH, Case of Jersild v. Denmark, Judgment of September 23 of 1994, Joint Dissenting Opinion of Judges Gölcüklü, Russo and Valticos.

Derecho a un Remedio Efectivo

SIPDH	SEPDH	SUPDH
CADH **Artículo 25. Protección Judicial** 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tan recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.	**CEDH** **Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo** Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.	**PIDCP** **Artículo 2** 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Debemos comenzar por aclarar que este derecho es referido en la práctica indistintamente como el derecho a una "**recurso** efectivo" o a un "**remedio** efectivo". Sin embargo debemos advertir que los

términos "**recurso**" y **"remedio"** son utilizados en el contexto del **Derecho Internacional de los Derechos Humanos** con un significado autónomo que es equívoco con respecto al significado técnico que normalmente se atribuye a tales términos en la doctrina jurídica. El término **"recurso"** entendido en su sentido clásico, es inapropiado para referirse a este derecho, el término **"remedio"** en su concepción clásica es un poco más adecuado pero tampoco llega a ser lo suficientemente abarcador. Pese a lo anterior, al ser estas dos terminologías las plenamente aceptadas utilizaremos ambos términos como sinónimos atendiendo a la concepción que la evolución del **DIDH** les ha atribuido y sin reparar en la diferencia que entre ambos conceptos existe para la doctrina jurídica común.

El presente es un derecho de naturaleza adjetiva y autónoma que genera para los Estados la obligación de crear dentro de su jurisdicción, mecanismos para la protección de aquellos otros derechos que reconoce tanto en los tratados internacionales como en el plano interno. Básicamente representa el derecho de cada persona a promover frente al Estado, de acuerdo a procedimientos creados por el mismo para tal fin, la reivindicación de cualquier derecho que razonablemente sienta le ha sido menoscabado. La consagración de este derecho está íntimamente ligada con el principio de subsidiaridad de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. "*La existencia y subsiguiente desarrollo de procedimientos internacionales para la persecución de peticiones individuales es importante, pero tales procedimientos son finalmente solo suplementarios a los remedios efectivos nacionales*"[1].

La naturaleza que debe tener la autoridad que ha de administrar la protección que el derecho interno debe proveer es cuestión de consi-

[1] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 9: The Domestic Application of The Covenant, 1998.

derable debate entre los juristas dedicados al área de los derechos humanos, el **PIDCP** establece expresamente que la autoridad puede ser de cualquier naturaleza, mientras que la **CADH** denomina el derecho como: "a la protección judicial" lo que en cierta forma parece indicar que exige que la autoridad sea de naturaleza judicial. La **CEDH** no hace mención alguna en este aspecto. Pese a que la **CADH** es la convención más progresista de entre los tres tratados principales **no** consideramos que en todos los casos puede considerarse necesario que la protección sea brindada por un autoridad de naturaleza judicial. En este sentido, la redacción del **Art. 2 (3) (b)** del **PIDCP** nos resulta más explícita y adecuada.

El **CDHONU** ha señalado a este respecto que: "*El derecho a un remedio efectivo no debe ser interpretado como requiriendo siempre un remedio judicial. Los remedios administrativos serán, en muchos casos, adecuados*"[2]. La **CrEDH** también se ha pronunciado en ese sentido: "*Tampoco la autoridad referida en esa norma necesariamente tiene que ser una autoridad judicial, pero si no lo es, sus poderes y las garantías que ésta ofrece son relevantes para determinar si el remedio ante ella es efectivo*"[3]. La **CrIDH** en diversas ocasiones se ha referido a que el **Art. 25** de la **CADH** consagra el derecho a un "recurso judicial"[4] sin embargo nunca ha entrado de lleno ha analizar si recursos de otra naturaleza podrían satisfacer la obligación estatal generada por dicho artículo. Somos de la opinión que **al menos para la primera instancia** no siempre es necesario que la petición sea atendida por autoridades judiciales, es más, existen asuntos que por su propia naturaleza requieren ser tratados en otras esferas distintas a las

[2] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 9: The Domestic Application of The Covenant, 1998.
[3] CrEDH, Case of Al-Nashif v. Bulgaria, Judgment of June 20 of 2002.
[4] CrIDH, Caso Cantos v. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. CrIDH, Opinión Consultiva 8 de 1987, Garantías judiciales en estado de emergencia.

judiciales. También una eficaz administración de justicia puede llegar a exigir la desjudicialización de determinadas causas. Concordamos con el **CDESCONU**[5] en que aún en los casos en que se atribuya el primer conocimiento de una causa a una autoridad administrativa (o de cualquier otra naturaleza no judicial) la posibilidad de algún tipo de revisión judicial podría ser necesaria para garantizar de mejor manera la protección de los derechos humanos.

A la luz de todo lo anterior, concordamos con la **CrIDH** en considerar que lo esencial no es la naturaleza del recurso, sino la dimensión en que éste sea adecuado y efectivo para la protección del derecho que pretende amparar. Lo que en definitiva determinará si el Estado está efectivamente cumpliendo con sus obligaciones o no. La mayor parte del desarrollo que en los tribunales y organismos internacionales se ha dado en este derecho ha sido encaminado precisamente a contestar la pregunta acerca de –cuándo- un recurso puede ser considerado adecuado y efectivo. Por lo que consideramos pertinente detenernos en este punto y mencionar las condiciones que son consideradas requisitos para que los recursos contemplados en la legislación interna den por satisfechas las exigencias del **DIDH**:

a) El recurso debe permitir a la autoridad competente pronunciarse sobre la sustancia del derecho amparado[6]. Es decir que no basta con la existencia de recursos que sólo protejan el derecho tangencialmente o resuelvan asuntos accesorios al mismo.

b) El recurso debe permitir al peticionario el perseguir la reparación correspondiente por las afectaciones sufridas en sus de-

[5] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 9: The Domestic Application of The Covenant, 1998.

[6] CrEDH, Case of Kaya v. Turkey, Judgment of February 19 of 1998. CrEDH, Case of Camenzind v. Switzerland, Judgment of December 16 of 1997.

rechos[7]. "*Sin reparación para los individuos a quienes sus derechos del Pacto les han sido violados, la obligación de proveer un remedio efectivo que es central para la eficacia del artículo 2, párrafo 3, no está concluida*"[8]. Por regla general en los procesos donde se compruebe la existencia de violaciones a derechos deben emitirse órdenes ejecutables de compensación[9] .

c) Las sentencias o resoluciones de cualquier tipo que resuelvan los recursos deben ser ejecutables y deben existir mecanismos para asegurar su ejecución[10] y castigar el incumplimiento de las resoluciones judiciales[11], "*el pronto cumplimiento de las sentencias judiciales -que no puede quedar a merced o discrecionalidad de la Administración -es un componente esencial del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana*"[12]; "*las obligaciones de protección judicial por parte del Estado no se cumplen con la sola emisión de sentencias judiciales, sino con el efectivo cumplimiento de las mismas*"[13].

d) En determinados casos especialmente los que se refieran a violaciones de derechos irreparables deben existir recursos efectivos para ordenar medidas temporales de protección[14] o

---

7 Case of Camenzind v. Switzerland, Judgment of December 16 of 1997. CrEDH, Case of Lorsé and Others v. The Netherlands, Judgment of February 4 of 2003.

8 ONU, Human Rights Committee, General Comment 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 2004.

9 CrEDH, Case of T.P. and K.M. v. U.K., Judgment of May 10 of 2001.

10 CrEDH, Case of Demchenko v. Ukraine, Judgment of May 3 of 2005. Case of Grishechkin and Others v. Ukraine, Judgment of May 3 of 2005.

11 CrEDH, Case of A.B. v. The Netherlands, Judgment of January 29 of 2002.

12 CrIDH, Caso de los "Cinco Pensionistas" v. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Canacado Trindade.

13 CrIDH, Caso de los "Cinco Pensionistas" v. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Canacado Trindade.

14 CrEDH, Case of Lorsé and Others v. The Netherlands, Judgment of February 4 of 2003.

decretar efectos suspensivos para órdenes dictadas[15]. "*El derecho a un remedio efectivo puede en ciertas circunstancias requerir que los Estados partes legislen e implementen medidas provisionales o interinas para evitar violaciones continuadas y para instar a reparar en la oportunidad más temprana posible cualquier daño que haya podido ser causado por tales violaciones*"[16]; "*La noción de un recurso efectivo bajo el artículo 13 requiere un recurso capaz de prevenir la ejecución de medidas que son contrarias a la Convención y cuyos efectos son potencialmente irreversibles*"[17].

e) Deben existir recursos formales, los recursos informales (ejemplo la posibilidad de quejarse con un superior) no satisfacen los estándares del **DIDH**[18].

f) Los recursos deben apelar efectivamente a una verdadera supervisión del cumplimiento de la ley, no se satisfacen los estándares del **DIDH** con recursos que apelen a poderes únicamente discrecionales. "*Sin embargo, la Corte considera que la posibilidad de apelar a varios niveles de las autoridades de fiscalía no puede ser considerado como un recurso efectivo porque tales apelaciones jerárquicas buscan solicitar a las autoridades utilizar su discreción y no brindan al acusado un derecho personal de compeler al Estado a ejercitar sus poderes de supervisión*"[19].

---

[15] CrEDH, Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey, Judgment of February 4 of 2005.

[16] ONU, Human Rights Committee, General Comment 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 2004.

[17] CrEDH, Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey, Judgment of February 4 of 2005.

[18] CrEDH, Case of Rachevi v. Bulgaria, Judgment of September 23 of 2004.

[19] CrEDH, Case of Osmanov and Yuseinov v. Bulgaria, Judgment of September 23 of 2004.

g) El derecho a un remedio efectivo incluye el derecho a exigir a las autoridades que realicen una investigación seria con miras a determinar quiénes son los responsables de la violación[20]. "*la Corte ya ha dicho que el artículo 25 de la Convención se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la misma, que atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes*"[21].

h) El principio anterior adquiere importancia adicional cuando se sabe o existen indicios de que los responsables son agentes estatales: "*En particular, cuando esos familiares tienen una acusación sustentable de que la víctima ha sido ilícita o extrajudicialmente ejecutada por agentes del Estado, la noción de un remedio efectivo para los propósitos del artículo 13, comprende, en adición al pago de una compensación donde sea apropiado, una investigación comprensiva y efectiva capaz de conducir a la identificación y castigo de aquellos responsables e incluyendo el efectivo acceso para los familiares a los procedimientos investigativos*"[22]. Tal investigación debe necesariamente ser conducida por autoridades independientes[23].

i) De conformidad con los puntos anteriores en los casos de negligencia cometida por parte de agentes estatales no bastará la posibilidad de acciones de compensación, cuando ésta dependa de que el peticionario esclarezca por sí mismo las responsabilidades individuales o institucionales, existe la obligación estatal de realizar una investigación interna. "*La Corte ha sos-*

[20] CrEDH, Case of Kaya v. Turkey, Judgment of February 19 of 1998.
[21] CrIDH, Caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicaragua, Sentencia de Fondo de 31 de agosto de 2001.
[22] CrEDH, Case of Kaya v. Turkey, Judgment of February 19 of 1998.
[23] CrEDH, Case of Talat Tepe v. Turkey, Judgment of December 21 of 2004.

tenido que en relación a accidentes fatales que surjan de actividades peligrosas que caigan bajo la responsabilidad del Estado, el artículo 2 requiere que las autoridades lleven acabo mutuo propio una investigación, que cumpla con ciertas condiciones mínimas, sobre la causa de la pérdida de la vida. Más allá observa que, sin tal investigación, el individuo interesado, puede no estar en posición de usar cualquier remedio disponible para obtener reparación, dado que el conocimiento necesario para dilucidar los hechos, tales como los examinados en el presente caso, está frecuentemente en las manos únicas de los agentes o autoridades Estatales"[24].

j) El remedio para considerarse eficaz debe poder producir efectos para el peticionario[25]. No serían suficientes por ejemplo acciones que pudieran llevar a la destitución del funcionario que causó la violación pero no a la reparación del perjuicio causado a la víctima.

k) Los recursos deben ser claramente idóneos para tutelar el derecho en cuestión, no se consideran efectivos los recursos cuando su aplicabilidad, para un derecho específico, no está contemplada de forma cierta en la ley.

l) Los remedios para considerarse efectivos no necesariamente tienen que resolverse en un proceso aparte, pueden considerarse remedios efectivos acciones accesorias que existan dentro de otro proceso (ejemplo la posibilidad de impugnar pruebas obtenidas en violación del derecho a la privacidad dentro de un proceso penal)[26].

[24] CrEDH, Case of Öneryildiz v. Turkey, Judgment of November 30 of 2004.
[25] CrEDH, Case of Kormacheva v. Russia, Judgment of January 29 of 2004.
[26] CrEDH, Case of Taylor-Sabori v. UK, Judgment of October 22 of 2002.

m) El conjunto de los distintos remedios contenidos en el derecho interno puede llegar a satisfacer las exigencias de protección del **DIDH**, aún cuando ninguno de los recursos contenidos en la legislación visto individualmente lo haría[27]. "*Aunque ningún remedio pueda solo por sí mismo satisfacer enteramente los requerimientos del artículo 13, el agregado de los remedios proveídos bajo el derecho interno podría hacerlo*"[28].

Además de la obligación de cumplir con los requisitos formales e institucionales que hemos señalado, es de advertirse que este derecho también puede ser violado por situaciones de hecho. La **CrIDH** ha sido reiterativa en su jurisprudencia al considerar que: "*Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada en la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al re-*

[27] CrEDH, Case of Al-Nashif v. Bulgaria, Judgment of June 20 of 2002.
[28] CrEDH, Case Kangasluoma v. Finland, Judgment of January 20 of 2004.

curso judicial"[29]. "*Para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad*"[30]."*Debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido*"[31].

Entre las situaciones de hecho que pueden violentar este derecho encontramos, por ejemplo: el costo de interposición, el cual de ser excesivo puede hacer el remedio inaccesible para quienes necesiten recurrir al mismo[32]; los retardos injustificados en la resolución del recurso, que podrían llevar a la inefectividad práctica del mismo[33]; el tomar medidas que puedan ser intimidatorias o desanimantes contra los peticionarios, pues "*su ejercicio no debe ser injustificablemente menoscabado por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado*"[34], y en general "*Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata*"[35].

El derecho a un recurso efectivo constituye el derecho a vivir en un Estado de Derecho y a exigir el cumplimiento de la ley al Estado y a los demás particulares. El **Juez Cançao Trindade** de la **CrIDH** lo llama el "derecho a un ordenamiento jurídico"[36] . Por tal razón "*la*

---

[29] CrIDH, Opinión Consultiva 8 del 30 de enero de 1987, Garantías Judiciales en Estado de Emergencia.

[30] CrIDH, Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) v. Perú, Sentencia de Fondo de 31 de enero de 2001.

[31] CrIDH, Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) v. Perú, Sentencia de Fondo de 31 de enero de 2001.

[32] CrEDH, Case of Paul and Audrey Edwards v. UK, Judgment of March 14 of 2002.

[33] Respecto a este punto se debe aplicar el principio del plazo razonable que ya hemos desarrollado en la sección sobre el derecho al debido proceso.

[34] CrEDH, Case of E. and Others v. UK, Judgment of November 26 of 2002.

[35] CrIDH, Caso Cantos v. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

[36] CrIDH, Caso de los "Cinco Pensionistas" v. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Canaçado Trindade.

garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley"[37], bajo este concepto la garantía de este derecho debe extenderse también a los derechos reconocidos en otros tratados internacionales.

Vemos que su protección se extiende incluso a al derecho al debido proceso. Por tal razón, los Estados deben establecer acciones mediante las cuales los individuos puedan denunciar los retardos injustificados en un proceso, las violaciones procésales cometidas por un juez, etc... Para hacer cesar tales transgresiones y ser reparado por los perjuicios causados[38].

No se pierde, por la privación de la libertad personal de un detenido su derecho a presentar remedios contra las medidas disciplinarias que les sean impuestas dentro de los centros de detención cuando éstas puedan ser violatorias de sus derechos[39]. En ese sentido las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos** establecen: que todo recluso deberá tener la oportunidad de presentar peticiones o quejas al director del establecimiento penitenciario (**Regla 36.1** y **36.2**), que todo recluso estará autorizado para dirigir su queja sin censura en cuanto al fondo a la administración penitenciaria central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente (**Regla 36.3**), la misma deberá ser examinada y respondida sin demora (**Regla 36.4**).

La **CrEDH** ha señalado que el derecho a un remedio efectivo no abarca el derecho a accionar bajo el derecho interno contra leyes que

---

[37] CrIDH, Opinión Consultiva 8 del 30 de enero de 1987, Garantías Judiciales en Estado de Emergencia. CrIDH, Caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicaragua, Sentencia de Fondo de 31 de agosto de 2001.

[38] CrEDH, Case of Todorov v. Bulgaria, Judgment of January 18 of 2005.

[39] CrEDH, Case of Yankov v. Bulgaria, Judgment of December 11 of 2003.

se consideren contrarias a la **CEDH**[40], esta posición es correcta en el marco del **SEPDH**, pero a la luz del **Art. 2** de la **CADH** podríamos afirmar que tal derecho sí existe bajo el **Sistema Interamericano**.

Por último la **CrEDH** ha sido reiterativa en señalar que incluso en los casos en que una persona está siendo deportada y se alegue peligro a la seguridad nacional como la causa debe reconocérsele al deportado algún tipo de acción para recurrir de la orden[41].

Pese a que este derecho tiene como finalidad el garantizar el cumplimiento de los demás derechos, consideramos que es autónomo en la medida que no requiere que una violación a otro derecho sea encontrada para considerarse violado[42]. Todo peticionario que tenga una pretensión razonable fundada en un derecho reconocido tiene derecho a presentarla ante las autoridades nacionales y ser escuchada con garantías mínimas, la denegación de tal derecho constituye *per se* una violación al **DIDH** con independencia de que el peticionario tenga o no la razón en el fondo de su pretensión.

La manifestación más común de este derecho la constituye la acción de amparo de garantías (y el habeas corpus que es como se denomina la acción de amparo con respecto al derecho a la libertad personal) así ha dicho la **CrIDH** refiriéndose al **Art. 25** de la **CADH** que: "*E1 texto citado es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y*

[40] CrEDH, Case of Supreme Holy Council of The Muslim Community v. Bulgaria, Judgment of December 16 of 2004.
[41] CrEDH, Case of Al-Nashif v. Bulgaria, Judgment of june 20 of 2002. CrEDH, Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey, Judgment of February 4 of 2005.
[42] CrEDH, Case of Eftratiou v. Greece, Judgment of December 18 of 1996.

por la Convención"[43]. Sin embargo no basta con el reconocimiento de la acción amparo para que este derecho se vea satisfecho.

En la mayoría de las jurisdicciones la acción de amparo de garantías no procede contra actos de otros particulares, no es una obligación para el Estado el darle tanta amplitud a la acción de amparo, sin embargo de no hacerlo deben existir otros medios alternos con que cuenten las personas para proteger sus derechos frente a las acciones de otros particulares.

Respecto a derechos tales como el derecho al nombre, a la nacionalidad, a la personalidad jurídica y los derechos políticos donde la obligación principal del Estado es la positiva de establecer los mecanismos administrativos para que sus coasociados efectivamente puedan acceder al goce de tales derechos, el derecho al recurso efectivo exige que tales mecanismos sean rápidos, eficaces y accesibles.

En resumen la obligación estatal generada por este derecho no puede satisfacerse solo con la creación de una institución procesal sino que exige una integración plena de sus postulados en el ordenamiento jurídico.

Este derecho está consagrado también en la **DADH Art. XVIII**, **DUDH Art. 8**, **CADF Art. 7** y **CEDF Art. 47**

[43] CrIDH, Opinión Consultiva 8 del 30 de enero de 1987, Garantías judiciales en estado de emergencia.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)

I- Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

En el **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**, el instrumento rector en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante **DESC)** es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[1], también conocido como: **Protocolo de San Salvador** (en adelante **PSS**). Además del **PSS** encontramos en el marco del **SIPDH** las siguientes disposiciones relativas a los **DESC:**

CADH:	**Carta de la OEA**[2] establece:
Preámbulo. Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.	**Artículo 33.** El desarrollo es responsabilidad primordial de cada país y debe constituir un proceso integral y continuo para la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de la persona humana.

[1] OEA, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1998, en el decimoctavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999.

[2] OEA, Carta de la Organización de Estados Americanos, Reformada por el Protocolo de Buenos Aires del 27 de febrero de 1967; por el Protocolo de Cartagena de Indias del 5 de diciembre de 1985; por el Protocolo de Washington del 14 de diciembre de 1992 y por el Protocolo de Managua del 10 de junio de 1993.

Capítulo III. Derechos Económicos, Sociales y Culturales **Artículo 26. Desarrollo Progresivo** Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa y otros medios apropiados.	**Artículo 34.** Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. * Estos son los artículos que consagran el deber general de los Estados de adoptar medidas económicas sociales y culturales, sin embargo los medios específicos como estos altos fines se llevarán a cabo están recogidas en los artículos: 34 (en todos sus literales), 38, 39, 45, 47, 48, 49, 50, 51 y 52.

Respecto al **PSS**, debemos mencionar que este instrumento en su **Art. 19 (6)**, establece que son exigibles, siguiendo el procedimiento establecido por el **Sistema Interamericano** para el trámite de casos contenciosos**,** solamente los derechos contenidos en los artículos: **8.1 (a)** (Derecho a organizar sindicatos y a afiliarse a los mismos) y **13** (Derecho a la educación). En cuanto al resto de los derechos, la **CIDH** queda facultada para pronunciarse sobre su desarrollo y aplicación solamente en sus informes anuales o especiales, más no así, reiteramos, en su examen de casos contenciosos, según establece el **Art. 19 (7)** del **PSS.** Debemos señalar, sin embargo, que esta declaración de justiciabilidad hecha en el **Art. 19** sólo es relevante para determinar la competencia de la **CrIDH,** pero no tiene implicaciones para determinar la naturaleza o el grado de exigibilidad en el plano doméstico de las obligaciones que nacen del **PSS.**

II- Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

En el **Sistema Universal** nos encontramos que el tratado rector en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales es el **Pacto**

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), respecto al cual el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas** (**CDESCONU**) realiza una función de vigilancia y monitoreo general del cumplimiento que los Estados Partes hacen del mismo, aunque existe una fuerte iniciativa en busca de la ratificación de un protocolo facultativo que permita al **CDESCONU** examinar peticiones individuales relativas a violaciones del **PIDESC**, hasta la fecha de redacción de este Manual no existe en el **SUPDH** posibilidad de presentar peticiones individuales fundamentadas en ninguno de los derechos contenidos en el **PIDESC.**

III- Catálogo de Derechos

Para tener una visión global del catálogo de derechos que, de acuerdo a los principales instrumentos de Derechos Humanos, se consideran económicos sociales y culturales presentamos la siguiente tabla:

DESC	PSS (Art.)	PIDESC (Art.)	DADH (Art.)	DUDH (Art.)
Derecho al Trabajo	6	6	XIV	23
Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo	7	7		
Derechos Sindicales	8	8		23.4
Seguridad Social	9	9	XVI	22
A la Salud	10	12	XI	
Al Medio Ambiente Sano	11			
A la Alimentación	12	11.2		
A la Educación	13	13-14	XII	26
A los Beneficios de la Cultura	14	15	XIII	27
Constitución y Protección de la Familia*	15	10		
Derecho de la Niñez*	16			
Protección de los Ancianos	17			
Protección de los Minusválidos	18			
Al descanso y su aprovechamiento			XV	24
Nivel de Vida Adecuado		11.1		25
Libre Determinación		1-2		

* Los **Derechos a la Familia** y de la **Niñez** aparecen reconocidos también en la **CADH** y el **PIDCP** y por lo tanto pueden, con fundamento en esos tratados, ser objeto de peticiones individuales según los procedimientos que establecen los respectivos sistemas.

IV- Consideraciones Generales

La existencia de una disposición como el **Art. 26** de la **CADH,** se explica, como nos lo recuerda la **CIDH**[3]**,** y como está establecido en el **Preámbulo** de la propia **CADH,** si tomamos en cuenta el compromiso adoptado, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967), por los Estados miembros de la **OEA** de adoptar las providencias necesarias, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos sociales y culturales. Por este motivo, vemos que la **CrIDH** es el único tribunal de derechos humanos en el mundo con capacidad para pronunciarse sobre el desarrollo progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No hay en la **CEDH** (ni en sus protocolos) una disposición similar al **Art. 26** de la **CADH**, por lo que el tribunal del viejo continente no se pronuncia sobre violaciones a los **DESC,** y el **CDESCONU,** que sí se ha pronunciado sobre los mismos (en abstracto claro, no en el examen de casos concretos), no es un tribunal.

Este artículo **Art. 26** de la **CADH** si bien ha sido invocado, en más de una ocasión por la **Comisión Interamericana** y los **Representantes de las Víctimas**[4], aún[5] no ha sido desarrollado en forma amplia por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Como

---

[3] CIDH, Caso Milton García fajardo y Otros v. Nicaragua, Informe de Fondo N° 100/01 del 11 de octubre de 2001.

[4] Por ejemplo, en el Caso Cinco Pensionistas v. Perú, Sentencia del 28 de febrero de 2003; Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

[5] Al momento de la redacción de este Manual, mediados del 2005.

ha reconocido recientemente el **Juez Sergio García Ramírez:** "*Este tema resulta novedoso, todavía, para la jurisdicción interamericana. En diversos casos, la Corte ha examinado derechos civiles que lindan con cuestiones económicas, sociales y culturales, pero aún no ha tenido la oportunidad de entrar de lleno en esta última materia, por sí misma, y tampoco ha podido pronunciarse acerca del sentido que posee la denominada progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales que contempla el artículo 26 de la Convención y recoge el Protocolo de San Salvador*"[6]. La **Comisión Interamericana**, en cambio, como está facultada por el **Art. 19 (7)** del **PSS** para pronunciarse sobre la aplicación y desarrollo de cualquiera de estos derechos en los Estados Partes de dicho instrumento, a través de sus informes anuales o especiales, sí ha tenido mayor libertad para referirse a este tema. Pero aún así sus pronunciamientos carecen de la contundencia y claridad jurídica necesaria para llegar a un cabal entendimiento del contenido y alcances de cada uno de los **DESC** contenidos en el **PSS**.

A lo largo de este capítulo iremos refiriéndonos a algunos de los pronunciamientos tanto de la **CIDH** como de la **CrIDH** en materia de **DESC,** así como a las **Observaciones Generales del CDESCO-NU** las cuales constituyen uno de los aportes más valiosos al acervo internacional de esta materia.

A los **DESC** se les llama con frecuencia en el mundo jurídico como "Derechos Humanos de Segunda Generación", esta denominación tiene su fundamento en la cronología de la evolución de los derechos humanos en el derecho positivo, pero no implica que estos tengan menor relevancia jurídica que los Derechos Civiles y Políticos llamados "de primera generación". Tal interpretación reñiría con la

[6] CrIDH, Caso Cinco Pensionistas v. Perú, Sentencia del 28 de febrero de 2003, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

naturaleza misma de los **DESC**. Los **Derechos Civiles y Políticos** y los **DESC** son indivisibles e interdependientes. Concordamos plenamente con el **Juez Piza Escalante** en considerar que: "*la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros...*"[7], y con el **Juez Sergio García Ramírez** quien a su vez observa que: "*... esos derechos* (los **DESC**) *no tienen menor rango que los civiles y políticos. En rigor ambas categorías se* ***complementan mutuamente*** *y constituyen en su conjunto, el -estatuto básico- del ser humano en la hora actual*"[8] (lo resaltado es nuestro). Este principio está claramente expresado en el **Preámbulo** del **PSS** que establece: "*Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".* En relación con lo anterior el **CDESCONU** ha manifestado que: "*los dos grupos de derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Esto significa que los esfuerzos para promover un grupo de derechos también deben tomar totalmente en cuenta el otro*"[9].

En este sentido la **CIDH** refiriéndose a la indivisibilidad e interdependencia entre los **Derechos Civiles y Políticos** y los **DESC** y ha

---

[7] CrIDH, Opinión Consultiva 4 del 19 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante.

[8] CrIDH, Caso Cinco Pensionistas v. Perú, Sentencia del 28 de febrero de 2003, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

[9] ONU, Committee on Economics, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 2: International technical assistance measures, 1990.

expresado que: *"Toda distinción que se establezca entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales constituye una formulación categorizante que se aparta de la promoción y garantía de los derechos humanos… cuando un Estado no garantiza los derechos económicos, sociales y culturales, se está indicando también una falta de garantías civiles y políticas"* [10]. En otro de sus informes, la **CIDH**, citando uno de los escritos del doctrinario y juez de la **CrIDH**, **Antonio A. Cançado Trindade,** ha manifestado que: *"la denegación o violación de los derechos económicos, sociales y culturales, materializada por ejemplo, en la pobreza extrema, afecta a los seres humanos en todas las esferas de su vida (inclusive civil y política), revelando así de modo evidente la interrelación o indivisibilidad de los derechos humanos... En definitiva, todos experimentamos la indivisibilidad de los derechos humanos, en la cotidianeidad de nuestras vidas, y ésa es una realidad que no puede ser dejada de lado. Ya no hay lugar a la compartimentación,* ***se impone una visión integrada de todos los derechos humanos"*** [11] (lo resaltado es nuestro). Este principio también ha sido reiterado por los Estados miembros de las Naciones Unidas, en varios instrumentos internacionales[12], entre ellos la **Declaración y Programa de Acción de Viena**[13], que en su **Art. 5**

---

[10] CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1993, Capítulo V: Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los Derechos Humanos de conformidad de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región.

[11] CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay de 2001, Capítulo V. La CIDH extrajo esta cita del artículo: *"La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Plano Internacional"*, Publicado en la Revista Lecciones y Ensayos (1997-1998), Universidad de Buenos Aires.

[12] Podemos citar también como referencia el Art. 6 (2) y 6 (3) de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

[13] ONU, Declaración y Programa de Acción de Viena, Adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, celebrada del 14 al 25 de junio de 1993.

establece: "*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí*".

Esta indivisibilidad e interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los **DESC**, se hace más evidente, por ejemplo, cuando observamos situaciones como la pobreza extrema[14]. Esta grave violación a los derechos humanos ha sido ampliamente estudiada por los organismos internacionales de monitoreo y tutela de los derechos humanos, entre los cuales se encuentra **CIDH,** la cual en sus informes ha sido reiterativa en considerar que: "*La extrema pobreza es la denegación de todos los derechos humanos. La extrema pobreza establece por consiguiente un vínculo indivisible entre cada uno de los derechos de la persona... las personas extremadamente pobres están privadas del conjunto de sus derechos... en especial los relativos a sus necesidades más esenciales. La pobreza extrema constituye, por consiguiente, el ejemplo más ilustrativo del vínculo indivisible que une los distintos derechos humanos.... Los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a no ser ejecutado arbitrariamente, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con el sistema de democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos... La experiencia demuestra que la pobreza extrema puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos*"[15]. Nos hemos referido a este

[14] CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay de 2001, Capítulo V: Derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido también manifestó la CIDH que: "*una situación máxima de violación de los derechos económicos, sociales y culturales significaría una máxima violación de los derechos civiles y políticos*", como por ejemplo la pobreza extrema.

[15] CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay de 2001, Capítulo V: Derechos económicos, sociales y culturales.

fenómeno[16], en primer lugar para ilustrar con un ejemplo práctico la relación entre ambos ordenes de derechos y cómo una situación que afecta a uno de ellos puede vulnerar al otro, además porque la **realidad** de la pobreza es una de las constantes que encontramos en los estudios que realizan los organismos de derechos humanos cuando estos analizan o monitorean el cumplimiento de los **DESC**.

Otra característica de los **DESC** es su **bidimensionalidad,** es decir tienen una dimensión tanto individual como colectiva, así fue reconocido por la **CrIDH** en el **Caso de los Cinco Pensionistas,** en ese caso el **Juez Sergio García Ramírez** profundizó un poco más en la dimensión individual de esta característica, señalada por el pleno de la **Corte Interamericana,** y manifestó en su **Voto Razonado** que: "*esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste... La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada justiciabilidad de aquellos...*"[17] A la hora de evaluar el cumplimiento de los **DESC** deben tomarse en consideración ambas dimensiones, sería insuficiente tomar en cuenta sólo una de ellas.

---

[16] La pobreza como grave situación de afectación de los derechos fundamentales del hombre ha sido tratada en diversos instrumentos internacionales de todo tipo, así por ejemplo podemos citar: La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, Proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2542 -XXIV-, de 11 de diciembre de 1969 (Arts. 7 y 10 c.); La Declaración y Programa de Acción de Viena (Arts. 14 y 25); La Declaración del Milenio, Adoptada por Cumbre del Milenio, celebrada del 6 al 8 de septiembre del 2000 en la sede de la ONU (Arts.11 al 20); entre otras tantas declaraciones de buena voluntad de los Gobiernos del mundo. La Carta de la OEA, en su Art. 34, plantea entre las metas básicas que propone: (a) el incremento sustancial y autosostenido del producto nacional per cápita y (b) la distribución equitativa del ingreso nacional.

[17] CrIDH, Caso Cinco Pensionistas v. Perú, Sentencia del 28 de febrero de 2003, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

En este sentido concordamos plenamente con el **Juez Roux Rengifo**, en sostener que cuando la **CrIDH** ejerce su función contenciosa en relación a una presunta violación del **Art. 26** de la **CADH** carece de sentido considerar[18] únicamente la dimensión colectiva de los **DESC,** pues tal posición sería contraria a la naturaleza del sistema de peticiones individuales que establece la **CADH.** Acertadamente este magistrado anotó que : "*Sin embargo, el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer, a diferencia de lo que ocurre con la Comisión, una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija que éstas tengan que alcanzar determinado número*"[19].

Algunos de los **DESC** comparten, en cuanto el tipo y naturaleza de las obligaciones que generan para los Estados, las mismas características que los **Derechos Civiles y Políticos**, sin embargo, en el caso de la mayoría de los **DESC** la naturaleza de las obligaciones estatales generadas difiere de las anteriores en función de que el Estado para satisfacer efectivamente los **DESC** de sus coasociados depende directamente de la disponibilidad de recursos que tenga. Así, "*cualquier valoración sobre si el Estado ha incumplido su obligación central mínima debe tomar en cuenta también limitaciones de recursos existentes dentro del Estado en cuestión*"[20], de tal manera, el estándar

[18] Como hizo la CrIDH en el caso de los Cinco Pensionistas.
[19] CrIDH, Caso Cinco Pensionistas v. Perú, Sentencia del 28 de febrero de 2003, Voto Razonado del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo.
[20] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 3: The nature of States Parties´ obligations, 1990.

exigible respecto a los **DESC** variará de Estado a Estado de acuerdo a su disponibilidad de recursos, sin embargo existe "*una obligación central mínima de asegurar la satisfacción de, al más menos, niveles mínimos esenciales de cada derecho*"[21], e "*incluso cuando los recursos disponibles son demostrablemente inadecuados, la obligación subsiste para el Estado Parte de asegurar el más amplio goce posible de los derechos relevantes bajos las circunstancias prevalecientes*"[22]. El **PSS** en su **Art. 1** establece, con relación a la obligación de los Estados de adoptar medidas, que: "*Los Estados Partes en el presente Protocolo… se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica,* ***hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo****, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo*" (lo resaltado es nuestro).

Para determinar el alcance de la responsabilidad estatal respecto a los **DESC**, debemos fundamentarnos en el **Principio de Desarrollo Progresivo**. Este principio contenido en el **Art. 26** de la **CADH** y reconocido por el **CDESCONU** en su **Observación General Nº 3**, es esencial para entender el alcance de la obligación de los Estados de respetar y garantizar los **DESC**. Así nos explica el **CDESCONU** que: "*El concepto de desarrollo progresivo constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de todos los derechos, económicos sociales y culturales generalmente no podrá ser alcanzada en periodos cortos de tiempo*"[23].

---

[21] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 3: The nature of States Parties´ obligations, 1990.

[22] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 3: The nature of States Parties´ obligations, 1990.

[23] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 3: The nature of States Parties´ obligations, 1990.

El **CDESCONU** en la citada **Observación General Nº 3** ha hecho valiosos aportes que nos ayudan a entender el verdadero contenido del principio de desarrollo progresivo, así por ejemplo ha dicho que: "*mientras la plena realización de derechos relevantes puede ser alcanzada progresivamente, pasos hacia ese fin deben ser tomados dentro de un tiempo razonablemente corto… tales pasos deben ser deliberados, concretos y encaminados tan claramente como sea posible hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el pacto*"[24], por lo tanto el principio de desarrollo progresivo "*impone una obligación de moverse tan expedita y efectivamente como sea posible hacia ese fin*"[25].

Debemos advertir, que el **CDESCONU** considera que la obligación de garantizar niveles mínimos de los derechos y de empezar a tomar medidas encaminadas a la satisfacción de los **DESC** en corto tiempo son obligaciones de resultado. Nosotros consideramos en cambio, que la obligación de desarrollo progresivo es una sola e indivisible, de medio o comportamiento y que la falta de adopción de medidas y de niveles mínimos garantizados constituye la evidencia de que dicha obligación ha sido incumplida.

La **CIDH,** por su parte, también se ha referido a este principio de desarrollo progresivo y ha manifestado que: "*El fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos... no significa que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de em-*

[24] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 3: The nature of States Parties´ obligations, 1990.

[25] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 3: The nature of States Parties´ obligations, 1990.

peñarse por lograr la realización plena de tales derechos... El nivel de desarrollo económico podría ser un factor que entre en el análisis para la puesta en vigor de esos derechos pero no se debe entender como un factor que excluya el deber del Estado de implementar estos derechos en la mayor medida de sus posibilidades. ***El principio de progresividad exige más bien que, a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales****. Y, ello, porque garantizar los derechos económicos, sociales y culturales exige en la mayoría de los casos un gasto público destinado a programas sociales…*

En teoría, la idea es que, cuanto más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales... *en vista de la desigual distribución de la riqueza en los Estados de la región y de otras deficiencias estructurales, un incremento del ingreso nacional no se traduce automáticamente en una mejoría del bienestar general de la población. El compromiso de los Estados de tomar medidas con el objetivo de alcanzar progresivamente la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales exige el uso efectivo de los recursos disponibles para garantizar un nivel de vida mínimo para todos"*[26] (el resaltado es nuestro). Aquí es importante señalar que para que efectivamente se dé un desarrollo progresivo no basta con que simplemen-

[26] CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1993, Capítulo V Capítulo V: Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los Derechos Humanos de conformidad de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región.
También reiteró la CIDH que este principio de la progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos. Esta progresividad puede darse por medio de una interpretación evolutiva de los mismos, como ha sido señalado por la CrIDH, por ejemplo en las Opiniones Consultivas 16 y 17, o bien estableciendo Protocolos a tal efecto.

te crezca la riqueza del Estado sino que es necesario que esa nueva riqueza sea distribuida adecuadamente. Por este motivo la **Comisión Interamericana** utiliza como medida para analizar la situación de los **DESC** el uso equitativo y eficaz de los recursos disponibles y la asignación del gasto público a los programas sociales[27]. Esta premisa ha sido reconocida ampliamente por los Estados, así la **Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de la ONU** establece en su **Art. 7** que: "*La rápida elevación del ingreso y la riqueza nacional y* ***su equitativa distribución entre todos los miembros de la sociedad*** *constituyen la base de todo progreso social y deben figurar, por tanto, en el primer plano de las preocupaciones de todo Estado y todo gobierno*" (lo resaltado es nuestro).

El principio de desarrollo progresivo, que constituye una obligación positiva, tiene también una implicación negativa que es de igual importancia y es la **prohibición de regresividad injustificada,** sobre la cual el **CDESCONU** ha señalado que: "*Cualquier medida de regresividad deliberada, en ese aspecto requerirá de la más cuidadosa consideración y deberá estar plenamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto y en el contexto del uso total del máximo de los recursos disponibles*"[28]. Esta prohibición no solo se fundamenta en que una regresividad injustificada sería incompatible manifiestamente con la obligación de desarrollo sino también en el hecho de que los **DESC** también pueden llegar a convertirse en derechos adquiridos.

---

[27] CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1993, Capítulo V: Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los Derechos Humanos de conformidad de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región.

[28] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 3: The nature of States Parties´ obligations, 1990.

Concordamos con el **CDESCONU** en que el efectivo desarrollo de los **DESC:** "*ni requiere ni excluye que cualquier forma particular de gobierno o sistema económico sea usado como vehículo para los pasos en cuestión, siempre que éste sea democrático y que todos los derechos humanos sean en él respetados. Entonces, en términos de sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y sus principios no pueden acertadamente ser descritos como predicados exclusivamente bajo la necesidad de, o la deseabilidad de un sistema socialista o capitalista, o una economía mixta, centralizada, o laissez-faireista, o bajo cualquier otro acercamiento particular. En este sentido el Comité, reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto son susceptibles de realización bajo el contexto de una amplia variedad de sistemas políticos y económicos, siempre que la interdependencia e indivisibilidad de los dos grupos de derechos humanos, como es afirmada -inter alia- en el Preámbulo del Pacto, sea reconocida y reflejada en el sistema en cuestión*"[29]. Este reconocimiento que hace el **Comité del PIDCP** se basa en la aceptación de que no hay un sistema económico universal que sea ideal para todos los Estados y también va vinculado al **derecho de los pueblos a la autodeterminación,** el cual concede a cada Estado el derecho a organizar libremente sus propios sistemas económicos y políticos. De acuerdo al **Art. 1** del **PIDCP,** en virtud del derecho de libre determinación todos los pueblos establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural[30].

Otras obligaciones a las que el **CDESCONU** se ha referido como generales y comunes a todos los **DESC,** son la obligación de proteger

[29] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 3: The nature of States Parties´ obligations, 1990.

[30] Este Derecho a la Autodeterminación o Libre Determinación de los Pueblos ha sido reiterado y reafirmado en diversos instrumentos internacionales como: la Declaración y Programa de Acción de Viena (Art. 2) y en la Declaración del Milenio (Art. 4).

a los individuos de que terceros interfieran ilegítimamente con el goce que hacen de sus **DESC**[31] y la obligación de consultar y brindar acceso a la información relevante a los afectados e interesados en cada caso que se vayan a tomar decisiones y medidas relativas a los **DESC**[32]**.**

Vistos los principios generales pasamos a considerar individualmente cada uno de los derechos considerados como **DESC**:

V - Derecho a la Seguridad Social

SIPDH	SUPDH
PSS **Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social** 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.	**PIDESC** **Artículo 9** Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

[31] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 13: The right to education, 1999. ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 14: The right to the highest attainable standard of health, 2000. ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 15: The right to water, 2002.

[32] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 4: The right to adequate housing, 1991. ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 7: The right to adequate housing (forced evictions), 1997. ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 15: The right to water, 2002.

Sobre este derecho debe mencionarse como instrumento relevante la **Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social** la cual establece en su **Art. 11 (a)**, como uno de los objetivos a los que debe encaminarse el progreso y el desarrollo en lo social: "*La provisión de sistemas amplios de seguridad social y los servicios de asistencia social y el establecimiento y la mejora de sistemas de servicios y seguros sociales para todas aquellas personas que por enfermedad, invalidez o vejez no puedan ganarse la vida, temporal o permanentemente, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el debido nivel de vida de estas personas, a sus familias y a quienes estén a su cargo*". Cabe recordar que de acuerdo a la **CrEDH**[33] cuando una persona realiza aportes a un esquema de seguridad social, el derecho a recibir los beneficios del mismo se convierten en derechos adquiridos.

VI - Derecho a la Salud[34]

SIPDH	SUPDH
PSS **Artículo 10. Derecho a la Salud** 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:	**PIDESC** **Artículo 12** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

[33] Véase el capítulo sobre derecho a la propiedad

[34] Este es uno de esos derechos que encuentran sustento en diversos documentos internacionales, de hecho, desde 1969 los Estados se comprometieron, en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social Art. 10 (d) a procurar: *"El logro de los más altos niveles de salud y la prestación de servicios de protección sanitaria para toda la población, de ser posible en forma gratuita"*.

a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas profesionales y de otra índole; e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables. **Carta de la OEA** **Artículo 34.** Los Estados miembros ... convienen así mismo dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: i) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación, para todos, de los modernos conocimientos de la ciencia médica.	a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El derecho a la salud está directamente relacionado con los derechos a la vida y a la integridad personal, su alcance ha sido ampliamente detallado en la **Observación General Nº 14** del **CDESCONU**, veamos:

a) El derecho a la salud debe ser entendido en un sentido amplio: "*el derecho a la salud debe ser entendido como el derecho al goce de una variedad de instalaciones, bienes, servicios y condiciones necesarias para la realización del estándar más alto alcanzable de salud*".

b) De acuerdo al **CDESCONU** el derecho a la salud contiene libertades que "*incluyen el derecho de controlar el propio cuerpo y salud,* ***incluida la libertad sexual y reproductiva*** *y el derecho de estar libre de injerencias, tales como la tortura, tratamiento médico no consensual y experimentación*" (lo resaltado es nuestro). Estas libertades a las que se refiere el Comité forman parte de otros derechos autónomos que ya hemos comentado por lo que no nos detendremos en las mismas.

c) El Estado está en la obligación positiva de establecer un sistema de salud que sea accesible a sus habitantes en igualdad de condiciones, "*el derecho a un sistema de protección de la salud que provea igualdad de oportunidad para que las personas gocen del más alto nivel de salud alcanzable*". Para que sea accesible el sistema de salud debe poder satisfacer la demanda que se presente por la cantidad de la población. "*Las facilidades de salud y cuidado de la salud públicas, los bienes y servicios, así como los programas, deben estar disponibles en cantidades suficientes dentro del Estado Parte*". También deberán los centros de salud ser accesibles desde un punto de vista geográfico.

d) El derecho a la salud incluye el derecho a habitar en un medio que no presente peligros para la salud. Así el **CDESCONU** señala que también incluye el derecho a: "*tener acceso a agua segura y potable y a sanidad adecuada, un adecuado suplemento de alimentos, nutrición y vivienda seguros, condiciones ambientales y ocupacionales salubres*". Estos elementos el derecho internacional los ha especializado bajo los conceptos de derecho a un nivel de vida adecuado y derecho a un medio ambiente sano, por lo que los trataremos en esos apartados. Recordemos que algunas veces es un tanto complicado separar de manera tajante algunos de estos derechos, como mencionábamos al principio de este capítulo, los Derechos Humanos debemos abordarlos desde una visión integral.

e) Comprende el derecho a recibir tratamiento para lo que se deberán crear centros de salud que sean apropiados de acuerdo a los avances médicos y científicos. "*Esto requiere, -inter alia-, personal médico capacitado, drogas y equipo hospitalario científicamente aprobado y que no haya expirado, agua segura y potable y sanidad adecuada*". Los centros de Salud deberán contar al menos con las drogas consideradas como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, y los profesionales que en ellos laboran deberán recibir "*salarios domésticamente competitivos*" para prevenir que exista gran disparidad entre la salud pública y la privada. "*El derecho a tratamiento incluye la creación de un sistema de cuidado médico de urgencia en casos de accidentes, epidemias y riesgos similares de salud y la provisión de socorro de desastres y ayuda humanitaria en situaciones de emergencia*".

f) El Estado también tiene obligaciones de prevención, las que incluyen la vigilancia de las condiciones laborales para la prevención de los accidentes y enfermedades ocupacionales, y ofrecer a su población el acceso a la información necesaria para que los individuos puedan cuidar de su propia salud, "*requiere el establecimiento de programas de prevención y educación sobre asuntos de salud relacionados con el comportamiento tales como las enfermedades de trasmisión sexual*".

g) El sistema de salud debe ser culturalmente aceptable, "*respetuosos de la cultura de los individuos, minorías, pueblos y comunidades, sensitivo a los requisitos de género y ciclo de la vida*". Por lo que también debe el Estado "*retraerse de prohibir o impedir el cuidado preventivo, las prácticas curativas o la medicina tradicional*". Ahora bien, a nuestro juicio este principio no puede entenderse en el sentido de que el derecho a la

cultura siempre va a primar sobre el derecho a la salud, sino que se debe buscar un justo balance. Así también reconoce el **Comité del PIDCP** que: "*Existe una necesidad de adoptar medidas efectivas y apropiadas para abolir las prácticas tradicionales dañinas que afectan la salud de los niños, en particular las niñas, incluido el matrimonio temprano, la mutilación genital y la alimentación preferente de los niños varones*".

h) El sistema de salud debe "*estar diseñado para respetar la confidencialidad*". La **CrEDH** se ha referido a la importancia del principio de confidencialidad médica señalando que sin el mismo "*aquellos en necesidad de ayuda médica pueden verse disuadidos de revelar tal información de una naturaleza personal e íntima como podría ser necesario a orden de recibir el tratamiento apropiado e, incluso, de buscar tal ayuda, poniendo en peligro entonces su propia salud y, en caso de enfermedades trasmisibles, la de la comunidad*"[35].

i) El Estado está en obligación de realizar la vigilancia necesaria para impedir el mercadeo de productos, especialmente drogas y medicinas que puedan ser peligrosos para la salud.

j) El cuidado de la salud no puede ser compulsivo "*salvo de manera excepcional para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención y control de enfermedades trasmisibles*". Por tal razón el cuidado de la salud no puede ser utilizado como pretexto para violar el derecho a la libertad personal[36], a la honra y dignidad o cualquier otro derecho.

[35] CrEDH, Case of Z v. Finland, Judgment of February 25 of 1997.

[36] La CrEDH también se ha pronunciado en este sentido en Case of Enhorn v. Sweden, Judgment of January 25 of 2005.

k) En cuanto a la salud privada el Estado está en la obligación de: "*Controlar el mercadeo de equipo medico y medicinas por terceras personas; y asegurar que los practicantes médicos y otros profesionales de la salud cumplan estándares apropiados de educación, capacidad y códigos de conducta ética*".

En el **Sistema Interamericano**, el derecho a la salud como tal ha sido tutelado por la **CIDH** a través de **medidas cautelares**[37], sobre todo en el contexto de personas portadores del VIH cuya vida e integridad personal se iban a ver afectadas de manera irreparable si no se les suministraban los tratamientos (como la terapia antirretroviral) y los exámenes y atenciones propias de su enfermedad. Así por ejemplo la **CIDH** ha dictado medidas cautelares de ese tipo a favor de personas en los siguientes Estados: El Salvador (29-2-2000), Chile (20-11-2001), Colombia (9-7-2002), Nicaragua (29-7-2002), República Dominicana (14-8-2002), Honduras (16-8-2002), Colombia (16-8-2002), Perú (23-9-2002), Colombia (2-10-2002). En este sentido la **Declaración de Compromiso en la Lucha Contra el VIH/SIDA**[38] reconoce en su **Art. 15** que: "*en el contexto de pandemias como la del VIH/SIDA el acceso a los medicamentos es uno de los elementos fundamentales para llegar progresivamente a la plena realización del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*". Y continúa agregando la mencionada declaración en su **Art. 23** que: "*para que las estrategias de prevención, atención y tratamiento sean eficaces deberán producirse cambios de conducta, deberá haber mayor disponibilidad de, entre otras cosas, vacunas,*

[37] De acuerdo al Art. 25 (1) del Reglamento de la CIDH: "*En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas*".

[38] ONU, Declaración de Compromiso en la Lucha Contra el VIH/SIDA, Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 27 de junio de 2001, en su 26º periodo extraordinario de sesiones.

condones, microbicidas, lubricantes, equipo esterilizado para inyecciones, medicamentos, incluida la terapia antirretroviral, tecnologías de diagnóstico y tecnologías conexas, deberá brindarse acceso no discriminatorio a todos esos elementos y deberán aumentar las actividades de investigación y desarrollo". Además, en su **Art. 24** señala que: *"el costo, la disponibilidad y la asequibilidad de los medicamentos y la tecnología conexa son factores importantes que deben ser examinados y abordados en todos sus aspectos y que, en estrecha colaboración con el sector privado y las empresas farmacéuticas, es preciso reducir el costo de esos medicamentos y tecnologías".*

Recientemente, y basándose en el mismo principio, la **CIDH** dictó medidas cautelares a favor de un peticionario que padece problemas de hiperplasia prostática benigna bilobular oclusiva (prostatismo, aumento de crecimiento de la próstata) y que ha presentado resultados positivos en la prueba de hepatitis B, por lo que requiere de atención médica urgente y adecuada para preservar su integridad personal, Perú[39] (19-6-2003). En estos casos lo que se está protegiendo es, en definitiva, el derecho a la vida e integridad personal y además, dadas las circunstancias específicas, el derecho a la salud en su dimensión individual únicamente, puesto que las medidas cautelares benefician exclusivamente a los peticionarios de las mismas.

Existe una gran cantidad de documentos internaciones[40] de todo tipo que versan sobre el derecho a la salud de las personas portadoras de VIH y el compromiso de los Estados de combatir esta epidemia

[39] Lo interesante de este caso, que se encuentra ahora mismo en trámite ante la CIDH, es que se plantea como parte del fondo del mismo la presunta violación de los derechos de la víctima a la seguridad social por la indebida aplicación del régimen legal, nos resulta interesante debido a que este derecho, de acuerdo al PSS, no puede ser objeto de examen en el contexto de casos contenciosos.

[40] Sugerimos al lector interesado en conocer más a fondo este tema consultar el Art. 6 de la Declaración de Compromiso en la lucha Contra el VIH/SIDA, ahí se enumera una serie declaraciones y documentos internacionales previos sobre la lucha contra el SIDA.

mundial, sobre todo en ciertos países con índices alarmantes de personas infectadas. Hay que destacar la labor tanto de la **ONU**, a través de sus diversos organismos como **ONUSIDA**, como de la **Organización Mundial de la Salud**. En este contexto la **Asamblea General** de la **ONU** aprobó recientemente la ya mencionada **Declaración de Compromiso en la Lucha Contra el VIH/SIDA.** Este documento señala como causas principales que propician la propagación de esta epidemia a la pobreza, el subdesarrollo y el analfabetismo (**Art. 11**), este es otro ejemplo real de cómo los derechos humanos están estrechamente relacionados y la afectación de uno o unos de ellos, repercute en el goce de otros, como el derecho a la salud en este caso. También se señalan como factores que contribuyen a la propagación de esta epidemia, los conflictos armados y los desastres naturales (**Art. 12**), la discriminación, el estigma, el silencio, la negación de la realidad y la falta de confidencialidad (**Art. 13**). Además reitera este documento que la **prevención** es la principal medida que deben adoptar los Gobiernos para combatir esta epidemia, como reconoce en su **Art. 17:** "*La prevención de la infección por el VIH debe constituir la base de la respuesta nacional, regional e internacional a la epidemia…*" En esta tarea de prevención entran en juego importantes factores educacionales (**Art. 18**), culturales, familiares, éticos y religiosos (**Art. 21**). Generalmente los obstáculos a esta tarea de prevención son de índole cultural y religiosa, razón por la cual resulta más difícil en aquellos países en vías de desarrollo. El otro gran enemigo del derecho a la salud es el hecho de que todavía no se ha logrado encontrar una fórmula que permita un adecuado balance entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual de las casas farmacéuticas, que como veremos también es reconocido por el **DIDH**, por tal razón los costos de los medicamentos muchas veces no pueden controlarse al punto de hacerlos generalmente accesibles

VII- Derecho al Medio Ambiente Sano[41]

SIPDH	SUPDH
PSS **Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano** 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.	**PIDESC** El **PIDESC** no hace referencia expresa a este derecho

El derecho al medio ambiente sano sólo está recogido como tal en el **PSS,** sin embargo, en los otros documentos es un derecho que se puede desprender del derecho a la salud y el derecho a un nivel de vida adecuado y probablemente el reconocimiento expreso de este derecho como derecho autónomo precisamente se deba al reconocimiento, que ya existía, de su importancia. El Derecho al Medio Ambiente Sano no ha sido muy estudiado por el **DIDH** pues recientemente el Derecho Ambiental Internacional a alcanzado auge como una rama autónoma a través de la firma de tratados especializado en la materia como por ejemplo **La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático,** el **Protocolo de Kyoto**, y el **Convenio sobre Diversidad Biológica**. Aún así el **CDESCONU** se ha referido en varias oportunidades a la importancia que tiene la conservación del medio ambiente como condicionante de la plena satisfacción de los **DESC**:

a) "*Los Estados también deben retraerse de contaminar ilegalmente, el aire, agua y suelo, p. ej., a través de desechos industriales de instalaciones de propiedad estatal y de usar o probar*

[41] La Declaración del Milenio también reafirma el compromiso de la comunidad de naciones de tomar medidas para conservación del medio ambiente (Arts. 21 al 23).

armas nucleares, biológicas o químicas, si tales pruebas resultan en la emisión de sustancias dañinas para la salud humana"[42].

b) "*El Comité nota que durante conflictos armados, situaciones de emergencia y desastres naturales, el derecho al agua comprende esas obligaciones a las cuales los Estados Partes están obligados bajo el derecho internacional humanitario. Esto incluye la protección de objetos indispensables para la supervivencia de la población civil, incluidas las instalaciones de agua potable y suministros; y trabajos de irrigación, protección del ambiente natural contra daño severo, extenso y a largo plazo y asegurando que los civiles, internos y prisioneros tengan acceso adecuado al agua*"[43].

c) "*El acceso a las Fuentes tradicionales de agua en áreas rurales debe ser protegida de usurpación y contaminación ilegal*"[44].

d) "*Las viviendas, no deben ser construidas en lugares contaminados ni en las proximidades inmediatas de la fuentes de contaminación que puedan amenazar el derecho a la salud de los habitantes*"[45].

e) "*Para este propósito se deben formular e implementar políticas nacionales encaminadas a reducir y eliminar la contaminación*

[42] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment **Nº** 14: The right to the highest attainable standard of health, 1999.
[43] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 15: The right to water, 2002.
[44] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 15: The right to water, 2002
[45] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment **Nº** 4: The right to adequate housing, 1991.

del aire, agua o suelo, incluida la contaminación de metales pesados como el plomo de la gasolina"[46].

Fuera de estos ejemplos que se refieren al concepto clásico de contaminación es importante mencionar que la contaminación sonora también ha sido considerada violatoria del **DIDH**. Así la **CrEDH** ha encontrado que la contaminación sonora es violatoria del derecho a la vida privada y familiar en los **Casos López Ostra v. España**[47] y **Moreno Gómez v. España**[48], en el primero se consideró violatoria de los derechos del peticionario la contaminación causada por una planta de tratamiento de desechos incluido el factor del ruido que causaba; y en el segundo el ruido causado por una gran cantidad de centros de entretenimiento nocturnos. La **CrEDH** en el **Caso Powell and Rayner v. El Reino Unido**[49] no se refirió en fondo a la contaminación ambiental pero consideró violatorio el hecho de que el peticionario no hubiera tenido un recurso efectivo para quejarse de la contaminación auditiva causada por un aeropuerto.

VIII- Derecho a la Alimentación Adecuada[50]

SIPDH	SUPDH
PSS **Artículo 12. Derecho a la Alimentación** 1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibi-	**PIDESC** **Artículo 11.** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado

[46] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment **Nº** 14: The right to the highest attainable standard of health, 1999.
[47] CrEDH, Case of López Ostra v. Spain, Judgment of December 9 of 1994.
[48] CrEDH, Case of Moreno Gómez v. Spain, Judgment of November 16 of 2004.
[49] CrEDH, Case of Powell and Rayner v. UK, Judgment of February 21 of 1990.
[50] Este es otro de los derechos que encuentran sustento en diversos documentos internacionales, de hecho, desde 1969 los Estados se comprometieron en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social en su Art. 10 (b) a *"La eliminación del hambre y la malnutrición y la garantía del derecho a una nutrición adecuada"*.

lidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual. 2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados Partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia. **Carta de la OEA** **Artículo 34.** Los Estados miembros ... convienen así mismo dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: d) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines. j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos.	para sí y su familia, incluso **alimentación**, vestido y vivienda adecuados (el resaltado es nuestro).

El derecho a la alimentación está consagrado como derecho autónomo en el **PSS** y es considerado parte esencial del derecho a un nivel de vida adecuado por el **PIDESC**. Su contenido y alcance ha sido ampliamente detallado por el **CDESCONU** en su **Observación General Nº 12**:

a) El derecho a la alimentación debe ser entendido en un sentido amplio. "*El derecho a una alimentación adecuada es satisfecho cuando cada hombre, mujer o niño, solo o en comunidad con otros, tiene acceso físico y económico en todo momento a alimentos adecuados o medios para su obtención. El derecho a una alimentación adecuada no debe entonces ser interpretado*

en un sentido cerrado o restrictivo que lo haga equivalente a un paquete mínimo de calorías, proteínas, y otros nutrientes específicos".

b) El Estado está en la obligación de vigilar que los alimentos que consumen sus habitantes sean seguros para su salud. "*Libre de sustancias adversas, pone requisitos para la seguridad de los alimentos y una gama de medidas de protección por medios tanto públicos como privados para prevenir la contaminación de los alimentos a través de la adulteración y/o a través de mala higiene ambiental o manejo inadecuado en las diferentes etapas a través de la cadena alimenticia, deben tomarse cuidados para identificar y evitar o destruir las toxinas de ocurrencia natural*".

c) Se deben tomar en cuenta los otros factores relacionados con la alimentación fuera de lo estrictamente nutritivo, "*implica la necesidad de tomar también en cuenta, tanto como sea posible, los valores percibidos no basados en nutrientes agregados a los alimentos y al consumo de alimentos y a las preocupaciones informadas de los consumidores relacionadas con la naturaleza de las fuentes de alimentos accesibles*".

d) Implica el derecho a poder acceder a los alimentos tanto económica, "*requiere medidas por el Estado para asegurar que las empresas o individuos no priven a los individuos de su acceso a alimentos adecuados*"[51]; como físicamente, "*las posibilidades ya sea para alimentarse uno mismo directamente de tie-*

[51] Esto implica la obligación estatal de regular el mercado de los alimentos para que el valor de los alimentos básicos sea acorde al poder adquisitivo de su población.

rra productiva u otros recursos naturales, o para un sistema de distribución, proceso, y mercado de buen funcionamiento que pueda mover los alimentos del sitio de producción a donde son necesitados de acuerdo a la demanda".

e) En ciertos casos implica la obligación positiva del Estado de brindar directamente los alimentos, "*siempre que un individuo o grupo no pueda, por razones fuera de su control, gozar del derecho a una alimentación adecuada, por los medios a su disposición, el Estado estará en la obligación de satisfacer (proveer) ese derecho directamente. Esta obligación también aplica a las personas que son víctimas de desastres naturales o de otro tipo".*

Con relación a este derecho es necesario mencionar la **Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición**[52]**,** este documento señala en su **Preámbulo** que el hambre y la malnutrición a nivel mundial se deben sobre todo a circunstancias históricas, especialmente en las desigualdades sociales, incluyendo en muchos casos la dominación extranjera y colonial, la ocupación extranjera, la discriminación racial y el neocolonialismo en todas sus formas (**Reconociendo c.**) también reconoce que hay ciertas situaciones agravantes de estas circunstancias como las crisis por las que atraviesa la economía mundial, el aumento inflacionista de los costos de importación, la pesada carga impuesta por la deuda exterior a la balanza de pagos de muchos países en desarrollo, el aumento de la demanda de alimentos y el aumento de los costos de medios esenciales de producción agrícola (**Reconociendo d.**).

[52] ONU, Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 3180 (XXVIII) de 17 de diciembre de 1973; y que hizo suya la Asamblea General en Resolución 3348 (XXIX) del 17 de diciembre de 1974.

Este documento, en su **Art. 1**, reconoce que la sociedad posee en la actualidad recursos, capacidad organizadora y tecnología suficientes y, por tanto, la capacidad para erradicar el hambre y la malnutrición. Y Seguidamente proclama una serie de medidas y objetivos que deben cumplir los Estados con miras a lograr ese objetivo, por ejemplo: procurar una distribución más equitativa y eficaz de alimentos entre los países y dentro de ellos (**Art. 2**). Eliminar los obstáculos que dificultan la producción de alimentos y conceder incentivos adecuados a los productores agrícolas, adoptar medidas efectivas de transformación socioeconómica mediante la reforma agraria, de la tributación, del crédito y de la política de inversiones, así como de organización de las estructuras rurales, por ejemplo: la reforma de las condiciones de propiedad, el fomento de las cooperativas de productores y de consumidores, entre otras (**Art. 4**). La utilización de los recursos marinos y las aguas interiores (**Art. 5**). Asistencia técnica y financiera a los países en vías de desarrollo (**Art. 7**). Promover la transmisión, adaptación y difusión de una tecnología adecuada para la producción de alimentos en beneficio de los países en desarrollo (**Art. 8**). Reajustar las políticas agrícolas para dar prioridad a la producción alimentaria. Además, todos los países deberán cooperar para encontrar medios eficaces a fin de afrontar el problema de la estabilización de los mercados mundiales y promover unos precios equitativos y remuneradores, cuando convenga, mediante acuerdos internacionales, para mejorar el acceso a los mercados reduciendo o suprimiendo las barreras arancelarias y no arancelarias contra los productos que interesan a los países en desarrollo, aumentar sustancialmente los ingresos por concepto de exportación de estos países, contribuir a la diversificación de sus exportaciones y aplicarles en las negociaciones comerciales los principios convenidos en la Declaración de Tokio, incluido el concepto de no reciprocidad y de trato más favorable (**Art. 11**). Sin embargo, es de advertirse que el Estado al perseguir estos fines no puede perder de vista los intereses de sus productores nacio-

nales que se podrían ver afectados por una política internacional de este tipo, intereses que también están protegidos hasta cierto grado por el **DIDH** (por ejemplo el derecho al trabajo podría verse afectado por una política excesivamente liberal en este aspecto).

IX- Derecho a la Vivienda Adecuada[53]

SIPDH	SUPDH
Carta de la OEA **Artículo 34.** Los Estados miembros... convienen así mismo dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población	**PIDESC** **Artículo 11.** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y **vivienda** adecuados (el resaltado es nuestro).

Este derecho forma parte esencial del derecho a un nivel de vida adecuado y por lo mismo es señalado expresamente en el **PIDESC**. El **CDESCONU** se ha referido a su contenido y alcance en su **Observación General Nº 4:**

a) Debe ser entendido en un sentido amplio. "*El derecho a la vivienda no debe ser interpretado en un sentido cerrado o restrictivo que lo equivalga a, por ejemplo, el refugio proveído por el solo hecho de tener un techo sobre la cabeza o que ve el refugio exclusivamente como un bien. Por el contrario debe verse como el derecho a vivir en algún lugar en seguridad, paz y dignidad*".

[53] La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social proclama como uno de los objetivos de la comunidad de internacional, en su Art. 10 (e): "*La provisión a todos, y en particular a las personas de ingresos reducidos y a las familias numerosas, de viviendas y servicios comunales satisfactorios*".

b) Su goce no debe depender de la capacidad económica. "*El derecho a vivienda debe ser asegurado a todas las personas independientemente de sus ingresos o acceso a recursos económicos*". "*Los costos financieros asociados con la vivienda deben estar a un a nivel tal que el logro y satisfacción de otras necesidades básicas no se vea amenazado o comprometido. Los Estados Partes deben tomar medidas para asegurar que el porcentaje del costo relativo a la vivienda, sea en general conmensurado con los niveles de ingresos. Los Estados Partes deben establecer subsidios de viviendas para aquellos que no puedan obtener vivienda comprable, así como formas y niveles de financiamiento de viviendas que reflejen adecuadamente las necesidades habitacionales*".

c) Incluye el derecho a acceso desde la vivienda a las facilidades y recursos esenciales, "*Una vivienda adecuada debe contener ciertas facilidades esenciales para la salud, seguridad, comodidad y nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deben tener acceso sostenible a los recursos naturales y comunes, agua potable, energía para cocinar, calefacción e iluminación, facilidades de saneamiento y lavabo, medios para almacenamiento de alimentos, colocación de desperdicios, drenaje y servicios de emergencia*".

d) Este derecho comprende la obligación estatal de brindar seguridad jurídica respecto a la ocupación habitacional. "*La ocupación habitacional toma una variedad de formas, incluidos los alquileres (públicos y privados), la vivienda cooperativa, el arrendamiento, ocupación por el propietario, vivienda de emergencia y asentamientos informales, incluidos la ocupación de la tierra o la propiedad. Sin importar el tipo de ocupación habitacional todas las personas deben poseer un grado de se-*

guridad de su ocupación que garantice protección legal contra desahucios forzados, acoso y otras amenazas". Ha sido este principio lo que ha llevado a que el derecho de arrendamientos de viviendas se haya convertido en un derecho social, si bien es cierto que forma parte del derecho civil, tiene, en la mayoría de las legislaciones, normas especiales que lo distinguen del resto de las relaciones privadas que regula el derecho civil. Por otro lado, es importante recordar que no todos los desahucios forzados son contrarios al **DIDH,** "*La prohibición de los desahucios forzados, sin embargo, no aplica a los desahucios llevados acabo por la fuerza de acuerdo a la ley y en conformidad con las estipulaciones de los Pactos Internacionales de Derechos humanos*"[54].

X- Derecho a la Educación[55]

SIPDH	SUPDH
PSS **Artículo 13. Derecho a la Educación** 1. Toda persona tiene derecho a la educación 2. Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno	**PIDESC** **Artículo 13.** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y

[54] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 7: The right to adequate housing (Forced evictions), 1997.

[55] Conviene destacar que ya desde la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en los Social los Estados se plantearon como uno de sus objetivos, contenido en el Art. 10 (e): "*La eliminación del analfabetismo y la garantía del derecho al acceso universal a la cultura, a la enseñanza obligatoria gratuita al nivel primario y a la enseñanza gratuita a todos los niveles; la elevación del nivel general de la educación a lo largo de la vida".* Este compromiso ha sido reafirmado sucesivamente en otras declaraciones posteriores como por ejemplo la Declaración del Milenio en su Art. 19 (2º Párrafo).

desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. La enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d. Se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e. Se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales. **Carta de la OEA** **Artículo 34.** Los Estados miembros... convienen así mismo dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:	debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación. **Artículo 47.** Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo **de la educación**, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso (lo resaltado es nuestro). **Artículo 49.** Los Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación sobre las siguientes bases: a) La educación primaria será obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita; b) La educación media deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población, con un criterio de promoción social. Se diversificará de manera que, sin perjuicio de la formación general de los educandos, satisfaga las necesidades del desarrollo de cada país, y c) La educación superior estará abierta a todos, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes. **Artículo 50:** Los Estados miembros prestarán especial atención a la erradicación del analfabetismo, fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo; asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimento de estos propósitos.	d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

El derecho a la educación comprende derechos individuales a los que nos referiremos posteriormente, pero además, obligaciones positivas de desarrollo para el Estado. Mientras que el Estado está en la obligación de crear un sistema educativo completo, sus obligaciones

específicas varían dependiendo de los niveles de educación[56]; podemos separar estas obligaciones en dos grupos especiales:

A. La Gratuidad y Obligatoriedad de la Educación Primaria

Esta obligación prioritaria para el Estado. Dado que se reconoce el carácter esencial de la educación como factor para la plena realización del ser humano, acertadamente ha anotado el **CDESCONU** que: "*La educación es tanto un derecho humano en sí misma como un medio indispensable para la realización de otros derechos humanos, como un derecho de -empowerment*[57]*-, la educación es el vehículo primario por el cual adultos y niños económicamente marginados pueden levantarse fuera de la pobreza y obtener los medios para participar plenamente en sus comunidades*" [58]. Es un medio para entrar de manera más competitiva en el engranaje laboral y económico del país, aumentando así las posibilidades de tener un nivel de vida adecuado. .

Por tal razón, esta obligación, pese a que la posibilidad de su cumplimiento depende directamente de la disponibilidad de recursos, contiene a nuestro parecer un contenido normativo *sui generis* dentro de los **DESC,** pues sus requisitos son más estrictos. En ese sentido es también de observarse que en el **PSS** el derecho a la educación es enunciado como plenamente exigible ante el **Sistema Interamericano,** íntegramente y no solamente en su dimensión individual. Este derecho ha sido estudiado por el **CDESCONU** en su **Observación General Nº 11**:

---

[56] Para referencia sobre el contenido de cada nivel véase la clasificación hecha por la UNESCO, Clasificación Internacional Normalizada de la Educación (CINE); UNESCO. Vigésimo novena Conferencia General de 1997.

[57] Este vocablo no tiene traducción al castellano, sería algo así como adquirir fortalezas, aptitudes, literalmente adquirir poder. Se usa también en otras ocasiones para referirse a cuando se adquieren poderes legales o facultades de autoridad.

[58] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 13: The right to education, 1999.

a) El principio de gratuidad implica la ausencia tanto de costos directos, "*El derecho está expresamente formulado de manera tal que asegura la disponibilidad de educación primaria sin cargo al niño, padres, o responsables. Las cuotas impuestas por el Gobierno, las autoridades locales, o la escuela, y otras costos directos, constituyen desincentivos al goce del derecho y pueden hacer peligrar su satisfacción*"; como de costos indirectos de onerosidad significativa, "*Costos indirectos tales como, recaudaciones obligatorias a los padres (algunas veces presentadas como voluntarias, cuando de hecho no lo son), o la obligación de usar un uniforme escolar relativamente costoso, puede también caer en la misma categoría*".

b) "*El elemento de obligatoriedad sirve para resaltar el hecho de que ni los padres, ni los responsables, ni el Estado, tienen derecho a tratar como opcional la decisión sobre si el niño debe tener acceso a la educación primaria*". Aún en los casos en que los padres opten por ejercer el derecho de "homeschooling" o de enviar a sus hijos a los centros de educación privados, el Estado tiene la obligación de vigilar que la educación que reciban "*sea adecuada en calidad, relevante al niño, y debe promover la satisfacción de los otros derechos del niño*".

B. Desarrollo Progresivo de la Calidad y Accesibilidad de los Otros Niveles del Sistema Educativo

El resto de los elementos que conforman el derecho a la educación han sido detallados y comentados por el **CDESCONU** en su **Observación General Nº 13**:

a) Progresivamente se debe perseguir el fin de que la educación secundaria, técnica y vocacional y superior llegue a ser gratui-

ta. "*Mientras los Estados deben priorizar la provisión gratuita de la educación primaria, éstos también tienen la obligación de tomar pasos concretos para lograr una educación secundaria y superior gratuita*".

b) La educación secundaria debe ser de disponibilidad general, "*significa, primeramente, que la educación secundaria no depende de la capacidad o habilidad aparente del estudiante y, segundo, que la educación secundaria será distribuida a lo largo del Estado en una manera que sea disponible en igualdad de condiciones a todos*".

c) En cambio, "*La educación superior no ha de ser disponible generalmente, deberá serlo sólo en base a la capacidad. La capacidad de los individuos debe ser evaluada con referencia a todas sus pericias y experiencias relevantes*". Somos de la opinión que en cuanto a la educación superior, el Estado debe tomar en cuenta la demanda de su mercado laboral interno para invertir sus recursos en búsqueda de un adecuado balance entre calidad y accesibilidad de la educación superior

d) La educación secundaria debe adaptarse a las necesidades de los estudiantes, "*reconociendo que la educación secundaria demanda currículos flexibles y variedad de sistemas para responder a las necesidades de los estudiantes en diferentes contextos culturales y sociales. El Comité promueve programas educativos alternativos que sean paralelos a los sistemas regulares de educación secundaria*".

e) La educación técnica y vocacional (**ETV**) no debe ser entendida sólo como un elemento o una alternativa a la educación superior, está estrechamente vinculada al derecho al trabajo y

por lo tanto representa la obligación para el Estado de incluir en sus programas de enseñanza, en todos sus niveles, educación relacionada con la productividad laboral. "*El Comité toma la misma posición que la ETV, formar un elemento integral de todos los niveles de educación*".

f) El derecho a la educación fundamental representa la obligación estatal de ofrecer oportunidades de educación alternas a quienes por cualquier razón no hayan recibido o completado su educación primaria. "*Debe ser enfatizado que el goce del derecho a la educación fundamental no está limitado por edad o género, y se extiende a niños, jóvenes y adultos, incluidas las personas mayores*".

g) Los centros educativos de todos los niveles deben ser físicamente accesibles. "*La educación debe estar dentro de un alcance físico seguro, ya sea atendiendo a una locación geográfica razonablemente conveniente (p. ej. Una escuela de vecindario) o vía la tecnología moderna (p. ej. Acceso a un sistema de aprendizaje a distancia)*".

h) Los Estados están en obligación de establecer un plan de estudio adecuado que deban seguir las instituciones educativas, así como vigilar su cumplimiento. "*Los Estados Partes están en obligación de asegurar que los currículos, para todos los niveles del sistema de educación están dirigidos a los objetivos identificados en el artículos 13. También están en la obligación de establecer y mantener un sistema efectivo y transparente que monitoree si la educación, de hecho, es dirigida hacia los objetivos educacionales establecidos en el artículo 13 (1)*". Esto también aplica a los padres que practican el "homeschooling".

La educación como proceso de enseñanza es fundamental para crear una conciencia de respeto y ejercicio de los derechos humanos. La **Declaración y Programa de Acción de Viena** reitera en su **Art. 33** el deber de los Estados, contenido en diversos instrumentos de Derechos Humanos, de "*encauzar la educación de manera que se fortalezca el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Conferencia destaca la importancia de incorporar la cuestión de los derechos humanos en los programas de educación y pide a los Estados que procedan en consecuencia. La educación debe fomentar la comprensión, la tolerancia, la paz, y las relaciones de amistad entre las naciones y entre los grupos raciales o religiosos…*"

XI- Derecho a los Beneficios de la Cultura

SIPDH	SUPDH
PSS **Artículo 14. Derecho a los Beneficios de la Cultura** 1. Los Estados Partes en el presente protocolo reconocen el derecho de toda persona a: a. Participar en la vida cultural y artística de la comunidad; b. Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte. 4. Los Estados Partes en el presente protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la	**PIDESC** **Artículo 15.** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia. **Carta de la OEA** **Artículo 38.** Los Estados miembros difundirán entre sí los beneficios de la ciencia y de la tecnología, promoviendo, de acuerdo con los tratados vigentes y leyes nacionales, el intercambio y el aprovechamiento de los conocimientos científicos y técnicos. **Artículo 47.** Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la **ciencia, la tecnología y la cultura** orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso (lo resaltado es nuestro). **Artículo 48.** Los Estados miembros cooperarán entre sí para satisfacer sus necesidades educacionales, promover la investigación científica e impulsar el adelanto tecnológico para su desarrollo integral, y se considerarán individual y solidariamente comprometidos a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos. **Artículo 51.** Los Estados miembros fomentarán la ciencia y la tecnología mediante actividades de enseñanza, investigación y desarrollo tecnológico y programas de difusión y divulgación, estimularán las actividades en el campo de la tecnología con el propósito de adecuarla a las necesidades de su desarrollo integral, concertarán eficazmente su cooperación en estas materias, y ampliarán sustancialmente el intercambio de conocimientos, de acuerdo con los objetivos y leyes nacionales y los tratados vigentes. **Artículo 52.** Los Estados miembros acuerdan promover, dentro del respeto debido a la personalidad de cada uno de ellos, el intercambio cultural como medio eficaz para consolidar la comprensión interamericana y reconocen que los programas de integración regional deben fortalecerse con una estrecha vinculación en los campos de la educación, la ciencia y la cultura.	4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

El derecho a los beneficios de la cultura incluye, la libertad para la investigación científica y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, sin embargo, este desarrollo se debe orientar a ciertos fines o valores superiores. A este respecto la **Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad**[59] proclama en su **Art. 1** que: "*Todos los Estados promoverán la cooperación internacional con objeto de garantizar que los resultados del progreso científico y tecnológico se usen en pro del fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, la libertad y la independencia, así como para lograr el desarrollo económico y social de los pueblos y hacer efectivos los derechos y libertades humanos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*". El **Art. 2** amplia un poco más lo anterior cuando establece que: "*Todos los Estados tomarán medidas apropiadas a fin de impedir que los progresos científicos y tecnológicos sean utilizados, particularmente por órganos estatales, para limitar o dificultar el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y en otros instrumentos pertinentes*".

XII- Derecho a un Nivel de Vida Adecuado

SIPDH	SUPDH
Carta de la OEA **Artículo 34.** Los Estados miembros... convienen así mismo dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: 1) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna.	**PIDESC** **Artículo 11.** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a

[59] ONU, Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad, Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 3384 (XXX), de 10 de noviembre de 1975.

Artículo 45. Los Estados miembros... convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica.	una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Este derecho recoge el espíritu general de los **DESC**, si bien en su consagración en el **PIDESC** se hace referencia a tres elementos expresos: el **derecho a alimentación adecuada**, el **derecho a vestimenta adecuada** y el **derecho a vivienda adecuada**, en realidad comprende en general el derecho de toda persona a gozar de una calidad de vida acorde con los tiempos en que vive, lo que en definitiva es el fin general perseguido con el reconocimiento de los **DESC**. En este sentido podemos señalar que el contenido normativo del derecho a un nivel de vida adecuado lo constituye la obligación general del Estado de tomar las medidas a las que ningún otro **DESC** hace referencia expresa pero que son necesarias para la mejoría progresiva de la calidad de vida de los ciudadanos. En su **Observación General Nº 15** el **CDESCONU** señaló que la enumeración de derechos hecha en el **Art. 11** del **PIDESC** no era de carácter exhaustivo y se refirió a lo que denominó **el derecho al agua** señalándolo como un elemento esencial del derecho a un nivel de vida adecuado, aunque tal derecho no aparecía expresamente en el referido artículo.

XIII- Derecho al Trabajo y a las Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo[60]

SIPDH	SUPDH
PSS **Artículo 6. Derecho al Trabajo** 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados Partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo. **Artículo 7. Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo** Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:	**PIDESC** **Artículo 6.** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana. **Artículo 7.** Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

[60] Estos derechos también están contemplados respectivamente en los Arts. 6 y 10 (a) de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social.

a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción; b. El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva; c. El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio; d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de la industria y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; e. La seguridad e higiene en el trabajo; f. La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida; g. La limitación razonable de las horas de trabajo tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos; h. El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los feriados nacionales.	i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Este derecho ha sido desarrollado principalmente por la OIT en sus convenios y recomendaciones, en las que no nos vamos a adentrar porque dicha matera excede el ámbito del presente manual.

XIV- DESC que no Dependen de la Disponibilidad de Recursos con que Cuenta el Estado, para su Satisfacción

Vamos a referirnos en este apartado a algunos derechos que pese a estar contenidos en los tratados de **DIDH** sobre **DESC**, se asemejan más por sus características a los derechos civiles y políticos, a los cuales son plenamente aplicables las reglas generales a las que nos hemos referidos en al sección sobre responsabilidad Estatal. Además, se diferencian de los derechos que agrupábamos en este capítulo en que la posibilidad de su satisfacción no está subordinada a la disponibilidad de recursos que tenga el Estado. Estos derechos vienen a constituir en el fondo *lex specialis* o diferenciaciones por razón del tema de algunos derechos civiles y políticos, que por su importancia han adquirido autonomía normativa.

A. Prohibición de Discriminación en Cuanto a la Satisfacción de los DESC

Tanto en el **PIDESC** en sus **Arts. 3, 7 (a), 7 (i)** y **10 (3),** como en el **PSS Arts. 3 y 7 (a),** nos encontramos con normas de prohibición de la discriminación que tienen idéntica sustancia que las contenidas en los tratados de derechos civiles y políticos, pero que en este caso aplican a los **DESC**.

De estas normas merece especial atención el **Derecho de Equidad Salarial,** contenido en los **Arts. 7 (a)** y **7 (i)** del **PIDESC** y **7 (a)** del **PSS**, que establece que no pueden existir distinciones injustificadas entre los salarios que se pagan por igual trabajo. Este derecho que

debe interpretarse conforme a los principios generales de la prohibición de discriminación tiene la particularidad especial de que genera como obligación principal el que el Estado deba intervenir en las contrataciones laborales que se den entre particulares para asegurar su cumplimiento y en ese mismo sentido presenta una limitante a la libertad de contratación con la que cuentan en la mayoría de los negocios los particulares. Este derecho, al igual que los otros **DESC** de naturaleza laboral, está tutelado también por otros instrumentos y mecanismos internacionales, especialmente los emanados de la **Organización Internacional del Trabajo** (en adelante **OIT**), como por ejemplo el **Convenio Nº 100 sobre Igualdad de Remuneración**[61] y el **Convenio Nº 111 sobre la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación**[62]**.**

B. Derechos Sindicales[63]

SIPDH	SUPDH
PSS **Artículo 8. Derechos Sindicales** 1. Los Estados Partes garantizarán: a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federa-	**PIDESC** **Artículo 8.** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses

[61] OIT, Convenio Nº 100 sobre Igualdad de Remuneración, Adoptado el 29 de junio de 1951 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su trigésima cuarta reunión, entrado en vigor el 23 de mayo de 1953.

[62] OIT, Convenio Nº 111 sobre La Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, Adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su cuadragésima segunda reunión, entrado en vigor el 15 de junio de 1960.

[63] Este de derecho también está contemplado en el Art. 10 (a) de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social.

ciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; b. El derecho a huelga. 2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstas sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral pública, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley. 3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato. **Carta de la OEA** **Artículo 45.** Los Estados miembros... convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva.	económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. 2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado. 3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

El Derecho a la Libertad Sindical constituye una *lex specialis* con respecto al derecho de libertad de asociación, que por la importancia que tienen los sindicatos en el plano social como actores de contrapeso frente a quienes ostenten el poder económico, se les ha dado autonomía normativa. Este **DESC** de naturaleza laboral ha sido desarrollado por la **OIT** en diversos documentos, básicamente en el **Convenio Nº 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación**[64] y el **Convenio Nº 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva**[65]**.** Ya hemos hecho referencia a este derecho en el capítulo relativo al derecho de asociación, por lo tanto remitimos al lector a esa sección.

C. Derecho a la Educación

SIPDH	SEPDH	SUPDH
PSS **Artículo 13. Derecho a la Educación** 4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.	**CEDH Protocolo Nº 1** **Artículo 2. Derecho a la instrucción** A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta	**PIDCP** **Artículo 13** 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación

[64] OIT, Convenio Nº 87 sobre La Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, Adoptado el 9 de julio de 1948 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su trigésima primera reunión, entrado en vigor el 4 de julio de 1950.

[65] OIT, Convenio Nº 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, Adoptado el 1 de julio de 1949 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su trigésima segunda reunión, entrado en vigor el 18 de julio de 1951.

5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.	educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.	religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

El derecho a la educación, por su parte, comprende aspectos de orden social que vimos en el apartado anterior, y contiene también normas especiales estrechamente vinculadas con libertades individuales tales como la libertad de pensamiento, la libertad de expresión y la libertad de culto y religión. Este derecho además de estar contenido en **PIDCP**, en el **PSS** y en las disposiciones de la **Carta de la OEA** que hemos visto, está consagrado también en el **Art. 2** del **Protocolo Nº 1** de la **CEDH** y por lo tanto la **CrEDH** ha podido pronunciarse sobre el mismo en su función contenciosa, siendo así éste el único derecho de este grupo que cuenta con desarrollo jurisprudencial en un tribunal internacional. El **PSS** también confiere competencia a la **CrIDH** para aplicar este derecho en su función contenciosa sin embargo hasta la fecha no lo ha hecho.

La libertad de educación tiene dos dimensiones, en primer lugar **la libertad de enseñanza** que a su vez comprende también dos aspectos, por un lado el derecho de los particulares de **establecer instituciones de enseñanza,** dentro de los parámetros razonables que establezca el Estado para asegurar el cumplimiento de los estándares mínimos internacionalmente exigidos. "*Estos estándares mínimos pueden relacionarse a temas tales como, la admisión, plan académico y el reconocimiento*

de los certificados. Por su parte, estos estándares deben ser consistentes con los objetivos educacionales establecidos en el artículo 13"[66].

Por otro lado, la **libertad de enseñanza** comprende la llamada **libertad académica** que ampara a los estudiantes, docentes y demás personal educativo de todos los centros de educación incluidos los estatales. "*Los miembros de la comunidad académica, son libres, individual o colectivamente, de buscar, desarrollar y trasmitir conocimiento e ideas, a través de la investigación, instrucción, estudio, discusión, documentación, producción, creación o escritura. La libertad académica incluye la libertad de los individuos de expresar libremente opiniones acerca de las instituciones o sistemas en que trabajan, de ejercer sus funciones sin discriminación o miedo a la represión del Estado o cualquier otro actor, de participar en los cuerpos representativos profesionales o académicos y de gozar de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos aplicables a los demás individuos en la misma jurisdicción."*[67]

La segunda dimensión la constituyen **las libertades de los padres** con respecto a la educación de los hijos. Estas libertades consisten en el derecho de escoger enviar a sus hijos a una de las instituciones de educación que no sean del Estado o bien optar por brindarles una educación en el hogar que es lo que se conoce como el derecho de "homeschooling". Este derecho de los padres de escoger quién impartirá la educación de sus hijos está subordinado a que otras personas ofrezcan opciones alternativas de educación o bien la posibilidad material de los padres de brindar la educación en casa. **No implica** una obligación Estatal de subsidiar la educación privada, pues el Estado posee plenas libertades de subsidiar o dejar de subsidiar los cen-

[66] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 13: Right to education, 1999.

[67] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 13: Right to education, 1999.

tros educativos privados, así lo ha dicho tanto la **CrEDH**[68] como el **CDESCONU**[69]**,** sin embargo el Estado, como acertadamente señala el **CDESCONU** no puede basar tal decisión de subsidiar o no en parámetros discriminatorios: "*Si un Estado elige hacer contribuciones financieras a instituciones de educación privada, debe hacerlo sin discriminación por ninguna de las causas prohibidas*"[70].

Concordamos con la **CrEDH** en que: "*Para que el derecho a la educación sea efectivo, es adicionalmente necesario que, -inter alia-, el individuo que es beneficiario tenga la posibilidad de obtener beneficios de la educación recibida, es decir, el derecho a obtener, en conformidad con las reglas vigentes en cada Estado, y en una forma u otra, reconocimiento oficial de los estudios que ha completado*"[71]. Es este **derecho al reconocimiento oficial** precisamente el elemento distintivo de la libertad de enseñanza, pues lo diferencia del simple intercambio de ideas que ya está tutelado por la libertad de pensamiento y expresión. De tal manera que se convierte en una obligación Estatal el regular un sistema para la obtención de dicho reconocimiento oficial, por tal razón la **CrEDH** ha reconocido que la naturaleza de este derecho llama necesariamente a la regulación estatal[72] y el **CDESCONU**, por su parte, también se ha referido a esta obligación: "*Los Estados Partes están obligados a establecer estándares educacionales mínimos a los que todas las instituciones educativas establecidas de acuerdo al artículo*

---

[68] CrEDH, Case of "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits), Judgment of July 23 of 1968.

[69] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 13: Right to education, 1999.

[70] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 13: Right to education, 1999.

[71] CrEDH, Case of "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits), Judgment of July 23 of 1968.

[72] CrEDH, Case of "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits), Judgment of July 23 of 1968. CrEDH, Case of Campbell and Cosans v. U.K., Judgment of February 25 of 1982.

12 (3) y 12 (4) estén obligadas a seguir. También deben mantener un sistema transparente y efectivo para monitorear tales estándares"[73].

En adición a la libertad de enseñanza, el derecho a la educación también comprende el derecho de los padres a exigir el respeto de sus creencias religiosas o filosóficas en la educación que se da a sus hijos[74]. Por ideas religiosas y filosóficas podemos entender de acuerdo a la **CrEDH:** "*opiniones que alcanzan cierto nivel de coherencia, seriedad cohesión e importancia*"[75], y como nos dice el **Juez Maridakis** son: "*esas ideas en el mundo en general, y la sociedad humana en particular, que cada hombre considera las más ciertas a la luz de la religión que profesa y las teorías filosóficas que adopta*"[76]. Dentro de las ideas religiosas y filosóficas no se puede ubicar al lenguaje, por lo que la **CrEDH** determinó que este derecho no implica un derecho de los padres a exigir al Estado que brinde la instrucción educativa en el idioma de su preferencia[77].

De acuerdo con la concepción inicial que se le dio a este derecho su única implicación era que los padres que no practicaran la religión oficial del Estado en que habitaban tenían derecho a solicitar que sus hijos fueran eximidos de tomar las clases en que se impartiera educación respecto a esa religión en específico. Esta concepción, en principio parece ser apoyada tanto por el texto del **PSS** como del **Protcolo**

---

[73] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 13: Right to education, 1999.

[74] Este derecho aparece en el PIDESC y en el Procolo Nº 1 de la CEDH, en el PSS no aparece reconocido expresamente

[75] CrEDH, Case of Campbell and Cosans v. U.K., Judgment of February 25 of 1982.

[76] CrEDH, Case of "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits), Judgment of July 23 of 1968, Individual Opinion Partly Dissenting (point i of the operative provisions of the judgment), of Judge G. Maridakis.

[77] CrEDH, Case of "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits), Judgment of July 23 of 1968.

Nº 1 de la **CEDH,** sin embargo, si vamos a adherirnos al principio de que los tratados de derechos humanos deben interpretarse como *documentos vivos* consideramos más adecuada, bajo el contexto del desarrollo actual del **DIDH**, la concepción adoptada por la **CrEDH** en el **Caso Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen** que concibe este derecho como una "*prohibición de adoctrinamiento*" [78].

La posición clásica no es sostenible en primer lugar porque no sólo las clases que traten específicamente sobre instrucción religiosa pueden ofrecer contenidos que sean contrarios a las creencias religiosas o filosóficas de los padres, dice la **CrEDH** que: "*El artículo 2 (P1-2), que aplica a todas las funciones Estatales relacionadas con las educación y la enseñanza, no permite trazar una distinción entre la instrucción religiosa y otras materias. Impone al Estado una obligación de respetar las convicciones de los padres, sean religiosas o filosóficas, a través de todo el programa de educación estatal*"[79]. Por otra parte, sería imposible retirar del plan académico toda información que pudiera tener alguna implicación filosófica o religiosa. "*La segunda frase del artículo 2 del Protocolo (P1-2) no impide a los Estados impartir a través de la enseñanza o la educación información o conocimiento de una clase directa o indirectamente religiosa o filosófica. Ni siquiera permite a los padres oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el currículo escolar, pues de otra manera toda enseñanza institucionalizada correría el riesgo de probarse impracticable. De hecho, parece muy difícil para muchas materias enseñadas en la escuela no tener, en un mayor o menor grado, alguna connotación o implicación filosóficas. Lo mismo es cierto para las afinidades religiosas si uno recuerda la existencia de las religiones formando una entidad dogmática*

[78] CrEDH, Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of December 7 of 1976.

[79] CrEDH, Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of December 7 of 1976.

y moral muy amplia que tiene o puede tener respuesta a cada pregunta de naturaleza filosófica, cosmológica o moral"[80].

Lo que nos lleva al principio general de la "*prohibición de adoctrinamiento"* se basa en el reconocimiento de que el pluralismo es un elemento necesario para la subsistencia de una sociedad democrática, así nos dice la **CrEDH** como principio general que: "*Aunque los intereses individuales deben en ocasiones ser subordinados a aquellos del grupo, la democracia no significa simplemente que las opiniones de la mayoría deban siempre prevalecer: un balance debe ser alcanzado que asegure el justo y adecuado trato de las minorías y evite cualquier abuso de una posición dominante"*[81], y en materia específica de derecho a la educación que: "*La segunda frase del artículo 2 (P1-2) busca por lo corto salvaguardar la posibilidad de pluralismo en la educación, tal posibilidad es esencial para la preservación de la sociedad democrática como es concebida por la Convención. En miras del poder del Estado moderno, es por sobre todo a través de la enseñanza Estatal que este fin debe ser alcanzado"*[82].

Por las razones expuestas, este derecho debe entenderse en primer lugar, como una obligación Estatal de adoptar una posición objetiva y neutra frente a todas las ideas filosóficas o religiosas cuando realiza sus funciones educativas, es decir, no mostrando preferencia por ninguna. "*El Estado, al satisfacer las funciones que asume con respecto a la educación y la enseñanza, debe tomar cuidados para que la información o conocimientos incluidos en el currículo sean trasmitidos en una manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado per-*

[80] CrEDH, Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of December 7 of 1976.

[81] CrEDH, Case of Young, James and Webster v. U.K., Judgment of August 13 of 1981.

[82] CrEDH, Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of December 7 of 1976.

seguir un fin de adoctrinamiento que pueda ser considerado como no respetuoso de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres"[83]; Y en segundo lugar, como una obligación de vigilancia de que los docentes no abusen de su libertad académica en perjuicio de este derecho, "*abusos pueden ocurrir acerca de la manera en que las normas vigentes son aplicadas por una escuela o maestro dado y las autoridades competentes tienen una obligación de tomar el mayor cuidado para que las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean desatendidas a este nivel por la falta de cuidado, falta de juicio o errado proselitismo*"[84]. De acuerdo al **CDESCONU** la enseñanza pública de una religión particular sigue siendo aceptable para el **DIDH** mientras haya la posibilidad de eximir al niño del curso de desearlo los padres[85]. Sin embargo, el hecho de demostrar el Estado su preferencia por una religión particular, incluyendo en sus programas educativos cursos parcializados sobre la misma sin existir cursos similares sobre las otras religiones, constituye en nuestra opinión una violación *per se*.

A la luz de la evolución del reconocimiento de los derechos del niño nos parece inadecuada la fórmula que se ha usado en los tratados de **DIDH** en la que se enuncia este derecho como un derecho de los padres y no propiamente de los niños. Al reconocerse la libertad de pensamiento, conciencia y religión del niño, este derecho no puede ser considerado únicamente una facultad de los padres de oponerse al adoctrinamiento estatal, pues tampoco debe considerarse legítimo que a través de la práctica del "homeschooling", o el envío a centros de enseñanzas que no estén obligados a cumplir los mismos estándares de objetividad que se exigen a las instituciones educativas estata-

[83] CrEDH, Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of December 7 of 1976.

[84] CrEDH, Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of December 7 of 1976.

[85] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 13: Right to education, 1999.

les, los padres atenten contra el interés superior del menor negándole el acceso a las ideas pluralistas que podrían ayudarlo a crear su propia identidad ideológica y realizando así ellos, el mismo adoctrinamiento que le es prohibido al Estado realizar.

D. Derecho a la Cultura

SIPDH	SUPDH
PSS **Artículo 14. Derecho a los Beneficios de la Cultura** 1. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.	**PIDESC** **Artículo 15.** 1. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

Al igual que en el caso del derecho a la educación el derecho a la cultura comprende dentro de sí ciertos preceptos que se incluyen dentro del grupo de derechos de exigibilidad inmediata y otros que pertenecen al de los de desarrollo progresivo. Los elementos del derecho a la cultura que caen bajo la primera categoría son:

D.1. Derecho al Reconocimiento de la Propiedad Intelectual

El derecho al reconocimiento de la propiedad intelectual es una materia especial del derecho a la propiedad que pese a su reconocimiento en el **PSS** (**Art. 14.1 c.**) y en el **PIDESC** (**Art. 15.1 c.**), no ha tenido mucho desarrollo en el ámbito del **DIDH,** pues el contenido

y alcance del derecho al reconocimiento de la propiedad intelectual ya ha sido desarrollado a fondo como campo autónomo del derecho internacional rigiéndose en materia de creaciones artísticas por la **Convención Universal sobre Derecho de Autor** y la **Convención de Berna para la Protección del Trabajo Literario y Artístico** y en materia científica (patente) por el **Convenio de Paris,** entre otras convenciones que regulan estas materias.

D.2. Derecho a la Libertad Artística y de Investigación Científica

La libertad artística es una *lex specialis* de la libertad de expresión, mientras que la libertad de investigación científica sí podría considerarse como un derecho originario, en ambos casos este Derecho a la Libertad Artística y de Investigación Científica se refiere a la obligación del Estado de abstenerse de poner trabas injustificadas que impidan a sus coasociados procurar el desarrollo científico y artístico. Se busca evitar que el Estado obtenga un monopolio sobre la actividad científica y, en un grado menor, la artística.

E. Derecho al Recurso Efectivo para la Protección de los DESC

Ni el **PSS,** ni el **PIDESC** hacen referencia expresa a un derecho a un recurso efectivo para la tutela de los **DESC,** sin embargo, como el reconocimiento que se hace del derecho a un remedio efectivo en los tratados de derechos civiles y políticos no lo limita al campo de los derechos contenidos en esos tratados, sino que establece que deben existir recursos para la tutela de cualquier derecho reconocido por el derecho interno, en los Estados que reconocen los **DESC,** no hay razón para sostener que el derecho a un recurso efectivo con todo lo que ello implica no aplica a los mismos.

En este sentido el **CDESCONU** ha señalado que en el caso de derechos como los que nosotros hemos agrupado en este apartado existe la posibilidad de que sean aplicados inmediatamente por los órganos nacionales competentes y por lo tanto, reiteramos una vez más, gozan de plena justiciabilidad[86]. Respecto a los derechos contenidos en el apartado anterior cuya exigibilidad bien podría ser no inmediata, al depender éstos directamente de la disponibilidad de recursos que tenga el Estado, el **CDESCONU** ha señalado: "*Mientras que las relativas competencias de las varias ramas del gobierno deben ser respetadas, es apropiado reconocer que los tribunales están generalmente envueltos en un rango considerable de asuntos que tienen importantes implicaciones de recursos. La adopción de una rígida clasificación de derechos económicos, sociales y culturales que los ponga, por definición, bajo el alcance de los tribunales sería entonces arbitrario e incompatibles con el principio de que los dos grupos de derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Eso también mermaría drásticamente la capacidad de los tribunales de proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desaventajados de la sociedad*"[87]. Aquí es importante recordar que el hecho de que una obligación no sea de resultado no significa *per se* que la misma no sea justiciable, por lo tanto si bien el resto de los **DESC** no contenidos en este apartados no son exigibles inmediatamente, esto no implica que no exista un derecho a una supervisión rogada, judicial o de otro tipo acerca de si la administración está cumpliendo adecuadamente con las obligaciones de medio que ha contraído, supervisión que debe ser conforme a todos los requisitos generales relativos a la efectividad de los recursos.

[86] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 3: The nature of States Parties´ obligations, 1990.

[87] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nº 9: The domestic applications of de Convenant, 1998.

Derechos Humanos Diferenciados en Función de Grupo

Como hemos visto a lo largo de este Manual existen una serie de derechos que son comunes a todos los seres humanos, que como proclaman los preámbulos tanto de la **DADH** como de la **CADH**: *"Tienen como fundamento los atributos de la persona humana".* Es decir se justifican en la dignidad inherente que todo ser humano posee por el solo hecho de serlo. Pero también existen otra serie de derechos que vienen a complementar este conjunto de derechos humanos básicos y que están destinados a ciertos grupos que por sus características particulares, se colocan en una situación de desventaja real frente al resto del grupo y por tanto requieren de una protección especial. Es así como recientemente han ido surgiendo y desarrollándose en el **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, los denominados **Derechos Humanos Diferenciados en Función de Grupo** o **Derechos Humanos Específicos** como también se le conoce. Como diría el jurista guatemalteco **Luis Ernesto Cáceres**: *"El desarrollo de los derechos humanos no es estático, sino dinámico y ello obedece a que también, hoy en día, se conciban nuevos paradigmas dentro de los cuales se hace necesaria la prevalencia de derechos humanos dirigidos exclusivamente a ciertos grupos o situaciones de orden general muy vulnerables dentro de la sociedad"*[1].

Debemos aclarar que aún cuando un individuo puede tener ciertos derechos específicos que surgen de su especial condición de vul-

---

[1] CÁCERES R. Luis E., *Teoría general de los derechos humanos,* en VILLARREAL Beatriz – ESPAÑA Olmedo (Compiladores), *Hablemos de Derechos Humanos,* Ed. Óscar De León Palacios, 2ª ed., Ciudad de Guatemala 2004, p. 127. Este autor menciona la tesis de Norberto Bobbio citada en su Ensayo *"El Tiempo de los Derechos",* que considera el surgimiento de estos derechos como una cuarta generación de Derechos Humanos.

nerabilidad (por ejemplo, los niños, los ancianos, los discapacitados, las mujeres, los indígenas, entre otros), "*el titular de derechos sigue siendo siempre él, como persona humana, y no la colectividad o el grupo social al que pertenece por su condición existencial. El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente*"[2].

Puede darse el caso de que determinadas personas pertenecientes a grupos como los niños, los discapacitados y en algunos casos, los ancianos, no disfruten de plena **capacidad jurídica,** es decir, de la capacidad para el ejercicio del derecho, sin embargo sí tienen siempre **personalidad jurídica** es decir la aptitud para ser titular de derechos y deberes[3]. Como diría el **Juez A. A. Cançado Trindade** refiriéndose a la relación entre la capacidad jurídica y la personalidad jurídica: "*La capacidad jurídica varía en razón de la condición jurídica de cada uno para realizar determinados actos* (por ejemplo actos de comercio o negocios civiles). *Sin embargo, aunque varíe tal capacidad de ejercicio, todos los individuos son dotados de personalidad jurídica*"[4]. Este es un principio fundamental de los derechos humanos, consagrado en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, de hecho es la piedra angular sobre la cual se edifica todo el esquema jurídico actual de los derechos humanos: la dignidad inherente a toda persona, independientemente de sus circunstancias personales de cualquier tipo.

---

2 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

3 Como vimos, el derecho a la personalidad jurídica está consagrado como tal en el Art. 3 de la CADH.

4 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

El campo de estudio de cada uno de los grupos que iremos presentando es bastante amplio, porque como cada uno presenta cualidades muy particulares, la normativa internacional aplicable se sustenta en toda una serie de otros conocimientos propios de otras áreas del conocimiento humano como la medicina, la antropología, o las ciencias sociales.

En este capítulo buscaremos presentar una visión general y abarcadora de los derechos humanos diferenciados en función de grupo que le permita al lector ubicarse jurídicamente y formarse un concepto claro de la razón de su diferenciación y de los principales derechos que se derivan de la misma.

I- Personas con Discapacidad[5]

A. Principales Documentos Internacionales

- Convenio 159 de la OIT, sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas[6].
- Declaración de los Derechos de los Impedidos[7].
- Programa de Acción Mundial para los Impedidos[8].
- Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (en adelante **Normas Uniformes**)[9].

---

5 La OMS ha declarado al 10 de octubre *Día Mundial de la Salud Mental,* la ONU declaró a 1981 como el *Año Internacional de los Impedido* y al intervalo de 1983-1992 como *El Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos.*

6 OIT, Convenio Nº 159 Sobre la Readaptación Profesional y el Empleo (personas inválidas), Adoptado el 20 de junio de 1983 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su sexagésima novena reunión.

7 ONU, Declaración de los Derechos de los Impedidos, Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 3447 (XXX), del 9 de diciembre de 1975.

8 ONU, Programa de Acción Mundial para los Impedidos, Aprobado por la Asamblea General en su trigésimo séptimo periodo de sesiones, por su Resolución 37/52 del 3 de diciembre de 1982.

9 ONU, Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, Adoptadas por la Asamblea General en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, mediante Resolución 48/96, del 20 de diciembre de 1993.

- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad[10].
- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental[11].
- Declaración de Caracas sobre la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica[12].
- Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (en adelante **Principios de Salud Mental**) [13].

B. Conceptos Relacionados

Al abordar este tema debemos, como primer paso, presentar algunas definiciones que serán de utilidad para la mayor comprensión de estos instrumentos. Ciertos conceptos como impedido, minusválido, entre otros han ido sufriendo continuas redefiniciones a través de los

10 OEA, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General en si vigésimo noveno periodo de sesiones el 7 de junio de 1999, entrada en Vigor el 14 de septiembre del 2001.

11 ONU, Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2856 (XXVI), del 20 de diciembre de 1971.

12 OMS/OPS, Declaración de Caracas, aprobada en la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina de 1990. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos participó en esta conferencia como co-patrocinadora. La CIDH reconoció en su Informe Anual del 2000 el valor de los estándares de protección en materia de derechos humanos y salud mental de esta declaración.

13 ONU, Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, Aprobados por la Asamblea General en su cuadragésimo sexto periodo de sesiones, en su Resolución 119. La CIDH reconoció en su Informe Anual del 2000 que estos principios son considerados como el estándar internacional más completo y detallado en lo que se refiere a la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental.

años[14] y de los instrumentos internacionales, buscando siempre darle un enfoque más claro cuya interpretación obviamente favorezca los fines de dichos instrumentos. Las **Normas Uniformes** a este respecto señalan que: "*La terminología actual reconoce la necesidad de tener en cuenta no sólo las necesidades individuales (como rehabilitación y recursos técnicos auxiliares) sino también las deficiencias de la sociedad (diversos obstáculos a la participación)* (**Norma 21**), por lo tanto esta es la tendencia actual. Las definiciones que presentamos a continuación pertenecen a documentos de naturaleza jurídica, hemos preferido no citar fuentes médicas. Veamos:

a) **Discapacidad**: es una palabra que resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio (**Normas Uniformes, Norma 17**).
b) **Discapacidad**: deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social (**Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Art. 1**).
c) **Minusvalía**: es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igual-

[14] Para mayor información sobre la evolución de estos términos recomendamos al lector consultar las Normas Uniformes (Normas 19 y 20), la Declaración de los Derechos de los Impedidos (Art. 1) y el Programa de Acción Mundial para los Impedidos (Párrs. 6 a 12).

dad con los demás. La palabra "minusvalía" describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Esa palabra tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad (**Normas Uniformes, Norma 18**).

d) **Persona con discapacidad mental**: aquella que durante el transcurso de su discapacidad es incapaz de manejar su propia persona o sus asuntos y requiere de cuidado, tratamiento o control para su propia protección, la protección de otros o la protección de la comunidad[15].
e) **Atención de la salud mental**: análisis y diagnóstico del estado de salud mental de una persona, y el tratamiento, el cuidado y las medidas de rehabilitación aplicadas a una enfermedad mental real o presunta (**Principios de Salud Mental, Definiciones c.**).
f) **Institución Psiquiátrica:** todo establecimiento o dependencia de un establecimiento que tenga como función primaria la atención de la salud mental (**Principios de Salud Mental, Definiciones d.**).
g) **Prevención**: la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzca un deterioro físico, intelectual, psiquiátrico o sensorial (prevención primaria) o a impedir que ese deterioro cause una discapacidad o limitación funcional permanente (prevención secundaria) (**Normas Uniformes, Norma 22**).
h) **Rehabilitación**: es un proceso encaminado a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y

[15] CIDH, Caso Víctor Rosario Congo v. Ecuador, Informe de Fondo Nº 63/99 del 13 de abril de 1999, en este caso la CIDH cita esta definición emitida por la Subcomisión de la ONU para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías.

mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que cuenten con medios para modificar su propia vida y ser más independientes. La rehabilitación puede abarcar medidas para proporcionar o restablecer funciones o para compensar la pérdida o la falta de una función o una limitación funcional. El proceso de rehabilitación no supone la prestación de atención preliminar. Abarca una amplia variedad de medidas y actividades, desde la rehabilitación más básica y general hasta las actividades de orientación específica, como por ejemplo la rehabilitación profesional (**Normas Uniformes, Norma 23**).

i) **Logro de la igualdad de oportunidades**: es el proceso mediante el cual los diversos sistemas de la sociedad, el entorno físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación se ponen a disposición de todos, especialmente de las personas con discapacidad (**Normas Uniformes, Norma 24**).

j) **Principio de la igualdad de derechos**: significa que las necesidades de cada persona tienen igual importancia, que esas necesidades deben constituir la base de la planificación de las sociedades y que todos los recursos han de emplearse de manera que se pueda garantizar que todas las personas tengan las mismas oportunidades de participación (**Normas Uniformes, Norma 25**).

k) **Discriminación contra las personas con discapacidad**: toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales **Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Art. 2 a.).**

C. Razón de su Diferenciación

Por definición los discapacitados son un grupo especialmente vulnerable, que requiere de un trato especial, diferente, para que el pleno goce o ejercicio de sus derecho se equipare al del resto de las personas que conforman la sociedad, como bien señala el **Programa de Acción Mundial para los Impedidos:** "*Con demasiada frecuencia, estas personas han de vivir en condiciones de desventaja debido a barreras físicas y sociales existentes en la sociedad que se oponen a su plena participación. El resultado es que millones de niños y adultos del mundo entero arrastran a menudo una existencia marcada por la segregación y degradación*" (**Párr. 2**). "*…están expuestos en gran parte a barreras físicas, culturales y sociales que obstaculizan su vida aun cuando se disponga de ayuda para la rehabilitación*" (**Párr. 39**). En cuanto a las personas que padecen de discapacidad mental, grupo específico de discapacitados, la **Comisión Interamericana** ha considerado que: "*…no se encuentran en condiciones de manejar su propia persona y requieren de cuidados, tratamiento y control para su propia protección*"[16]. En nuestra región el escenario es preocupante, de acuerdo con los datos manejados por la **OEA**, en 1995 (hace diez años) se estimaba que en América Latina y el Caribe había más de 60 millones de personas discapacitadas[17]. Siempre dentro los grupos diferenciados hay otros subgrupos, podríamos decirlo así, de grupos especialmente vulnerables. Por ejemplo, dentro del conjunto de los discapacitados, los niños, los ancianos, los indígenas, son grupos especialmente vulnerables, puesto que a su condición de desventaja, propia de su situación de discapacitados, suman otro factor de vulnerabilidad.

---

16 CIDH, Caso Víctor Rosario Congo v. Ecuador, Informe de Fondo Nº 63/99 del 13 de abril de 1999.

17 OEA, Asamblea General, Resolución 1356 (XXV-0/95), Aprobada en la novena sesión plenaria el 9 de junio de 1995.

Naturalmente, y como ocurre con la mayoría de los grupos diferenciados, al momento de aplicar las normas de los tratados generales de derechos humanos hay que hacerlo luego de una interpretación de los mismos a la luz de los criterios de los tratados que contienen las normas específica relativas a los derechos diferenciados en función de grupo. Es decir, hay que hacer una interpretación *pro homine* de los tratados de derechos humanos cuando se determine el alcance de los derechos de personas pertenecientes a estos grupos. La **CIDH** en el ya citado **Caso Víctor Rosario Congo** señaló que: "*La Comisión considera pertinente emplear estándares especiales en la determinación de si se ha cumplido con las normas convencionales, en casos que involucran personas que padecen enfermedades mentales. Esta también ha sido la práctica de la Corte Europea de Derechos Humanos*"[18]. La **CIDH** al hacer el examen de las violaciones al derecho a la integridad personal consideró que el **Art. 5** de la **CADH** debía interpretarse a la luz de los **Principios de la Salud Mental**.

D. Derechos Especiales

Entre los principales derechos de que gozan las personas con discapacidad podemos mencionar, citando la **Declaración de los Derechos de los Impedidos**: derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; la formación y a la readaptación profesionales; las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social (**Art. 6**); a la seguridad económica y social y a un nivel de vida decoroso (**Art. 7**); a vivir en el seno de su familia o

[18] CIDH, Caso Víctor Rosario Congo v. Ecuador, Informe de Fondo Nº 63/99 del 13 de abril de 1999.

de un hogar que la sustituya y a participar en todas las actividades sociales, creadoras o recreativas, si fuese indispensable su permanencia en un establecimiento especializado, el medio y las condiciones de vida en él deberán asemejarse lo más posible a los de la vida normal de las personas de su edad (**Art. 9**); de contar con el beneficio de una asistencia letrada jurídica competente cuando se compruebe que esa asistencia es indispensable para la protección de su persona y sus bienes. Si fuere objeto de una acción judicial, deberá ser sometido a un procedimiento justo que tenga plenamente en cuenta sus condiciones físicas y mentales (**Art. 11**). En esta Declaración podríamos decir que están enunciados los principales derechos diferenciados en función de grupo de los discapacitados, sin embargo en las siguientes dos décadas esto se va a ampliar mucho más y se van a elaborar las líneas de acción necesarias para poder cumplir con estos enunciados, para lo cual se elaboraron: el **Programa de Acción Mundial para los Impedidos,** las **Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad** y a nivel regional la **Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.**

En cuando las personas con discapacidad mental diríamos que en esencia son muy similares sus derechos diferenciados a los del resto de los discapacitados, esto es así porque podríamos considerar a los enfermos mentales como un subgrupo dentro del conjunto de los discapacitados.

Podríamos, entonces, señalar como ejemplo de estos derechos especiales citando a la **Declaración de los Derechos del Retrasado Mental:** el derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes (**Art. 2**); en la medida de sus posibilidades, a

desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil (**Art. 3**); debe poder contar con la atención de un tutor calificado cuando esto resulte indispensable para la protección de su persona y sus bienes (**Art. 5**); en caso de que sea objeto de una acción judicial, deberá ser sometido a un proceso justo en que se tenga plenamente en cuenta su grado de responsabilidad atendidas sus facultades mentales (**Art. 6**). De los **Principios para la Salud Mental**, consideramos importante mencionar que estas personas tienen derecho a: la protección contra la explotación económica, sexual o de otra índole, el maltrato físico o de otra índole y el trato degradante (**Principio 1.3**); a que toda decisión referente a que debido a su enfermedad mental una persona carece de capacidad jurídica y toda decisión de que, a consecuencia de dicha incapacidad, se designe a un representante personal se adoptará respetando las normas del debido proceso, deberá contar con defensor gratuito si no puede sufragarlo, las decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán periódicamente (**Principio 1.6**); a no ser obligado a someterse a examen médico para comprobar su estado de salud mental (**Principio 5**); a la confidencialidad en el manejo de la información relativa a su estado (**Principio 6**), a ser informado de sus derechos y la manera de ejercerlos al momento de ingresar en una institución psiquiátrica y de no poder comprenderlos de que su representante sea informado de los mismos (**Principio 12**). Estos son ejemplos de los derechos diferenciados más característicos de este grupo, sin embargo como mencionamos este catálogo se amplia y se desarrolla mucho más en los tratados que hemos citado.

Por último, debemos advertir, como lo ha hecho el **CDESCONU** que para la debida protección de los derechos de las personas con discapacidades no basta con que el Estado tome medidas directas sino que además se requiere que éste realice una regulación de la actividad de los particulares, especialmente de los comerciantes, para compeler

a éstos a tomar medidas positivas para facilitar el acceso por parte de las personas discapacitadas a sus productos y servicios, pues al ser éstos una minoría se corre el riesgo de que sus derechos se vean menoscabados de dejarse ese asunto a la simple libertad de mercado[19].

E. Otros Puntos Relevantes

Definitivamente son muchos los temas que pudiéramos abordar y profundizar con relación a este grupo, sin embargo para efectos prácticos y dada su importancia nos referiremos de manera especial a: la situación de los hospitales siquiátricos, la detención de los enfermos mentales y las causas de la discapacidad.

En cuanto a la primera de estas cuestiones, los **Principios de Salud Mental** señalan en su **Principio 13,** relativo a los derechos y condiciones de las instituciones psiquiátricas que:

"1. Todo paciente de una institución psiquiátrica tendrá, en particular, el derecho a ser plenamente respetado por cuanto se refiere a su:

a) Reconocimiento en todas partes como persona ante la ley;

b) Vida privada

c) Libertad de comunicación, que incluye la libertad de comunicarse con otras personas que estén dentro de la institución; libertad de enviar y de recibir comunicaciones privadas sin censura; libertad de recibir, en privado, visitas de un asesor o representante personal y, en todo momento apropiado, de otros visitantes; y libertad de acceso a los servicios postales y telefónicos y a la prensa, la radio y la televisión;

d) Libertad de religión o creencia.

[19] ONU, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5: Persons with disabilities, 1994.

2. El medio ambiente y las condiciones de vida en las instituciones psiquiátricas deberán aproximarse en la mayor medida posible a las condiciones de la vida normal de las personas de edad similar e incluirán en particular:

a) Instalaciones para actividades de recreo y esparcimiento;

b) Instalaciones educativas;

c) Instalaciones para adquirir o recibir artículos esenciales para la vida diaria, el esparcimiento y la comunicación;

d) Instalaciones y el estímulo correspondiente para utilizarlas, que permitan a los pacientes emprender ocupaciones activas adaptadas a sus antecedentes sociales y culturales y que permitan aplicar medidas apropiadas de rehabilitación para promover su reintegración en la comunidad. Tales medidas comprenderán servicios de orientación vocacional, capacitación vocacional y colocación laboral que permitan a los pacientes obtener o mantener un empleo en la comunidad.

3. En ninguna circunstancia podrá el paciente ser sometido a trabajos forzados. Dentro de los límites compatibles con las necesidades del paciente y las de la administración de la institución, el paciente deberá poder elegir la clase de trabajo que desee realizar.

4. El trabajo de un paciente en una institución psiquiátrica no será objeto de explotación. Todo paciente tendrá derecho a recibir por un trabajo la misma remuneración que por un trabajo igual, de conformidad con las leyes o las costumbres nacionales, se pagaría a una persona que no sea un paciente. Todo paciente tendrá derecho, en cualquier caso, a recibir una proporción equitativa de la remuneración que la institución psiquiátrica perciba por su trabajo".

El **Principio 14**, en cambio, se refiere a los recursos de que deben disponer estas instituciones psiquiátricas, el mismo señala que:

"1. Las instituciones psiquiátricas dispondrán de los mismos recursos que cualquier otro establecimiento sanitario y, en particular, de:

a) *Personal médico y otros profesionales calificados en número suficiente y locales suficientes, para proporcionar al paciente la intimidad necesaria y un programa de terapia apropiada y activa;*
b) *Equipo de diagnóstico y terapéutico para los pacientes;*
c) *Atención profesional adecuada;*
d) *Tratamiento adecuado, regular y completo, incluido el suministro de medicamentos.*

2. *Todas las instituciones psiquiátricas serán inspeccionadas por las autoridades competentes con frecuencia".*

Hemos trascrito íntegros estos dos principios para que el lector tenga una idea más o menos completa de cómo debe ser el trato, que de acuerdo al **DIDH,** debe recibir un paciente en estas instituciones. A simple vista pareciera que los estándares internacionales son demasiado elevados, o digamos ilusorios, sin embargo esta impresión se debe a que estamos tan acostumbrados a ver que las instituciones como los hospitales psiquiátricos, sobre todo en América Latina, se encuentran en un estado tal de abandono y falta de recursos de todo tipo que tal situación la consideramos normal, cuando, de acuerdo al **DIDH**, no lo es. Esta triste realidad es expuesta por la **CIDH** cuando en su **Informe Anual del 2000** expresó que: "*De acuerdo a la OPS/OMS y al centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las libertades fundamentales y derechos más frecuentemente violados en hospitales psiquiátricos incluyen el derecho a ser tratado con humanidad y respeto, el derecho a una admisión voluntaria, el derecho a la privacidad, la libertad de comunicación, derecho a recibir tratamiento en la comunidad, derecho a proporcionar consentimiento informado antes de recibir cualquier tratamiento y el derecho a recurrir a un tribunal independiente e imparcial que determine la legalidad de la detención en un hospital psiquiátrico. La Comisión ha verificado que en América, los usuarios, sus familiares, personal de salud mental, abogados, jueces y demás involucrados en la promoción y protección*

de la salud mental ***tienen un conocimiento limitado*** *de los estándares internacionales y normas convencionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad mental y además que estos estándares y normas convencionales no han sido, en la mayoría de los casos, incorporados en las legislaciones nacionales"*[20] (lo resaltado es nuestro).

Recientemente (17 de diciembre de 2003) y como ejemplo práctico de lo que venimos exponiendo, la **CIDH** otorgó **medidas cautelares** a favor de los pacientes del Hospital Neurosiquiátrico de Paraguay, ya que las condiciones sanitarias y de seguridad de dicha institución de salud eran inhumanas y degradantes y por tanto se constituían en una amenaza a la integridad física, mental y moral de los pacientes. Se daban una serie de situaciones sumamente graves como por ejemplo: pacientes internas embarazadas, niños y niñas mantenidos junto a los adultos, pacientes en diminutas celdas, desnudos y sin acceso a los sanitarios.

En cuanto al sometimiento a prisión de personas que sufren algún tipo de enfermedad mental, nosotros consideramos categóricamente que no deben ser recluidos en prisiones comunes bajo ninguna circunstancia, cuando dicha persona haya sido declarada inimputable por motivo de su estado mental, y que de declararse imputable padeciendo algún trastorno mental, deberá ser considerada la gravedad y naturaleza de dicho trastorno para determinar si debe o no recluirse en una prisión común o en una entidad médica[21]. Esto es muy simple,

---

[20] CIDH, Informe Anual de 2000, Capítulo VI: Estudios especiales, Recomendación sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental.

[21] Puede darse el caso de que personas que padezcan de ciertas enfermedades mentales como por ejemplo el retaso mental leve sean declarados imputables bajo determinadas circunstancias, por ejemplo cuando el retrasado delinque por segunda vez a sabiendas de que la primea fue declarado inimputable, porque se considera que aprendió a delinquir.

porque aun cuando esa persona haya tenido la suficiente capacidad para delinquir, esto no necesariamente implica que podrá sobrevivir y desenvolverse en el ambiente carcelario, es decir, que sería razonablemente previsible que podrá sufrir daños a su vida e integridad personal. Por ejemplo, un retrasado mental leve puede ser declarado imputable bajo ciertas circunstancias, sin embargo de ser condenado no consideramos que deba ser internado en una prisión común. En cambio, un sicópata (trastorno disocial afectivo) o un paedófilo (la paedofilia es una parafilia) que se consideran trastornos de la personalidad y no de las funciones cerebrales superiores, bien pudieran ser internados en prisiones para delincuentes comunes.

Ahora bien, de ninguna manera estamos sugiriendo que aquellos enfermos mentales que cometieron un crimen deban quedar en libertad por este solo hecho, al contrario deberán ser recluidos en instituciones mentales especializadas para tal fin hasta que no representen un peligro para la sociedad, esta determinación deberá hacerla un juez, previo concepto favorable del facultativo encargado del paciente.

A este respecto las **Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos**, cuya redacción en este punto quizás no sea la más actualizada y por ende exacta cuando habla de "alienados" o "anormalidades mentales" establece que: *"Los alienados no deberán ser recluidos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales"* (**Regla 82.1**). *"Los reclusos que sufran otras enfermedades o anormalidades mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos"* (**Regla 82.2**). *"Durante su permanencia en la prisión, dichos reclusos estarán bajo la vigilancia especial de un médico"* (**Regla 82.3**). El **Principio 20** de los **Principios de la Salud Mental** establece que: *"La legislación nacional podrá autorizar a un tribunal o a otra autoridad competente para que, basándose en un dictamen médico compe-*

tente e independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica".

Independientemente de la comisión o no de un acto delictivo podría ser aceptable recluir a una persona en una institución médica forzosamente cuando su condición mental los convierta en un peligro para sí mismo o para otros, sin embargo este tipo de medidas deben estar prescritas por ley, fundamentadas en evidencia médica y limitadas a lo estrictamente necesario, al respecto ha dicho la **CrEDH** que: *"En la opinión de la Corte, excepto en casos de emergencia, el individuo en cuestión, no debe ser privado de su libertad a menos que de manera confiable se haya demostrado que es de mente trastornada. La propia naturaleza de lo que tiene que ser establecido ante la autoridad nacional competente -eso es, un verdadero trastorno mental- llama a experticia médica objetiva. Además, el trastorno mental debe ser de una clase y grado que requiera una detención forzosa. Lo que es más, la validez de la detención continuada depende de la persistencia de dicho trastorno"*[22].

La **Comisión Interamericana** en el **Caso Víctor Rosario Congo**, citando a la **Comisión Europea,** estableció que: "*… el encarcelamiento de un discapacitado mental bajo condiciones deplorables y sin tratamiento médico puede considerarse como un tratamiento inhumano o degradante… el no proporcionar tratamiento médico a prisioneros o pacientes mentales, puede constituir una violación a las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagran la prohibición de inflingir tratamientos o castigos inhumanos o degradantes"*[23]. En el citado caso del Sr. Congo la **CIDH** fue clara al considerar

---

[22] CrEDH, Case of Winterwerp v. The Netherlands, Judgment of October 24 of 1979. la Comisión Europea compartió esta opinión en el Caso Herczegfalvy v. Austria, Report of March 3 of 1991

[23] CIDH, Caso Víctor Rosario Congo v. Ecuador, Informe de Fondo Nº 63/99 del 13 de abril de 1999.

que la determinación de su padecimiento mental de debió traducirse en su traslado inmediato a una institución de salud o debió reflejarse en un mejoramiento de sus condiciones de detención.

De acuerdo con el **Programa de Acción Mundial para los Impedidos** el aumento de la incidencia de la incapacitación y la marginación de los impedidos se puede atribuir a muchos factores, entre ellos: las guerras y sus consecuencias, y otras formas de violencia; la desnutrición, el hambre, la pobreza, las epidemias, condiciones de vivienda insalubres; escasos conocimientos de sanidad, falta de conocimientos precisos sobre la incapacidad, sus causas, prevención y tratamiento; esto incluye el ostracismo, la discriminación y las ideas erróneas sobre la incapacidad; carencias en la atención primaria de salud; falta absoluta, o situación deficiente, de la infraestructura de servicios conexos en materia de asistencia social, sanidad, educación, formación profesional y colocación; desastres naturales, terremotos, accidentes; contaminación del medio físico; el uso imprudente de medicamentos, el uso indebido de sustancias terapéuticas y el uso ilícito de drogas y estimulantes; tratamiento equivocado de lesionados en momentos de desastre, entre otros (**Párr. 40**).

II- <u>Mujeres</u>

A. Principales Documentos

- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer[24].
- Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer[25].

---

[24] OEA, Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, Adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana el 2 de mayo de 1948.

[25] OEA, Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, Adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana el 2 de mayo de 1948.

- Convención de la ONU sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[26] (en adelante **CEDM**).
- Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer[27] (en adelante **DEVM**).
- Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado[28] (en adelante **DPMNEECA**).
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará"[29] (en adelante o **Convención de Belem do Pará**).

B. Conceptos Relacionados

Al igual que en el tema anterior, consideramos de utilidad presentar algunas definiciones y conceptos cuyo manejo es frecuente en las distintas fuentes que abordan este tema, veamos:

---

[26] ONU, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981.

[27] ONU, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Aprobada por Asamblea General en su Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

[28] ONU, Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado, Proclamado por la Asamblea General en su Resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

[29] OEA, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém Do Pará", Adoptada por la Asamblea General el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones, Entrada en vigor el 5 de marzo de 1995. De acuerdo con la CIDH la elaboración y entrada en vigor de la Convención de Belem Do Pará: *"…constituye, en el marco del sistema regional, una verdadera redefinición del derecho interamericano sobre derechos humanos para aplicarlo con una orientación concreta de género".* (Informe Anual de 1997, Capítulo VI, Informe de la Comisión Interamericana sobre la Condición de la Mujer en las Américas).

a) **Discriminación contra la mujer:** toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (**Art. 1** de la **CEDM**).

En el **Caso María Eugenia Morales de Sierra** la **CIDH** estableció que: "*Las distinciones estatuarias basadas en criterios vinculados a condiciones tales como la raza o el sexo, exigen un escrutinio más intenso. Lo que la Corte y la Comisión Europeas han afirmado también rige para América, es decir, que dado que -el avance de la igualdad de los sexos es hoy un objetivo muy importante-,…-tendrán que mediar razones de mucho peso- para justificar una distinción basada únicamente en razones de sexo*"[30]. De no ser justificada una medida de esta índole, es decir de no ser realmente necesaria para un fin superior pueden darse consecuencias negativas tales como las que efectivamente se estaban dando en el caso *in comento* y sobre las cuales la **CIDH** se pronunció diciendo que: "*El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia de jure para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además,*

[30] CIDH, Caso María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala, Informe de Fondo Nº 4/01 del 19 de enero de 2001.

las disposiciones del Código Civil[31] *aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de ambos padres. -Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes-*"[32].

b) **Violencia contra la mujer**: cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público

---

31 El Código Civil en el artículo 109 disponía que la representación conyugal correspondía al marido, aunque ambos cónyuges tienen igual autoridad dentro del hogar. El artículo 110 estipulaba que el marido tenía ciertas obligaciones de proteger y asistir a la esposa, en tanto ésta tenía el derecho y la obligación especiales de cuidar de los hijos menores y del hogar. El artículo 113 establecía que la esposa podía ejercer una profesión o tener otras responsabilidades fuera del hogar sólo en la medida en que ello no perjudique sus responsabilidades en el hogar. El artículo 114 establecía que el marido podía oponerse a que la esposa desempeñe actividades fuera del hogar cuando brinde un sustento adecuado del hogar y tenga "motivos suficientemente justificados". De ser necesario, un juez resolverá las disputas que puedan plantearse en este aspecto. El artículo 115 afirmaba que la representación conyugal podía ser ejercida por la esposa cuando el marido no lo hiciese, particularmente cuando abandone el hogar, se encuentre detenido o ausente por otras razones. El artículo 131 establecía que el marido administrara el patrimonio conyugal. El artículo 133 establece excepciones a esta norma sobre la misma base establecida en el artículo 115. El artículo 255 disponía que, en los casos en que el marido y la esposa ejerzan la patria potestad, el marido representara a los menores y administrara sus bienes. El artículo 317 establecía que ciertas clases específicas de personas podían ser exceptuadas de ejercer algunas formas de tutela, incluidas, entre otras, las mujeres. Es muy importante señalar que estas normas actualmente están derogadas en Guatemala y ya ese Estado hermano y amigo ha adecuado esta parte de su legislación a los estándares del DIDH.

32 CIDH, Caso María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala, Informe de Fondo Nº 4/01 del 19 de enero de 2001.

como en el privado (**Art. 1** de la **Convención de Belem Do Pará**). También se define como: todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada (**Art. 1** de la **DEVM**). Una definición mucho más resumida y menos elaborada es la presentada en la **Declaración Conjunta de las Relatoras Especiales sobre los Derechos de la Mujer**, que a la letra dice: *"Destacamos que por violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia perpetrado por cualquier persona en el hogar, en la familia o en la comunidad, así como los actos perpetrados o tolerados por el Estado, incluso durante conflictos armados"*[33].

c) **Ámbitos y formas en que puede manifestarse la violencia contra la mujer:** la violencia contra la mujer puede ser: física, sexual y psicológica[34]. Y puede darse en los siguientes escenarios:

- Dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya

[33] La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias y las Relatoras Especiales sobre los derechos de la mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se reunieron por primera vez el 28 de febrero y el 1º de marzo de 2002 en Montreal, en una reunión organizada por Rights & Democracy.

[34] Nosotros consideramos que hay una cuarta forma o modalidad de violencia y es la violencia "económica", este tipo de violencia se produce cuando el hombre que sostiene económicamente a la mujer ejerce la opresión sobre la mujer bajo la amenaza de dejar de mantenerla, en ese caso la mujer por temor a perder su sustento, o en el peor de los casos solo su "estilo de vida", soporta el maltrato.

compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

- En la comunidad y sea perpetrado por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra[35].

Estos criterios son expresados casi con exactitud en la redacción del **Art. 2** de la **Convención de Belem Do Pará** y en el **Art. 2** de la **DEVM**. Los organismos de derechos humanos, consideran que la violencia contra la mujer es una manifestación de la discriminación basada en el sexo y que al mismo tiempo la discriminación basada en el sexo es una forma de violencia contra la mujer, nosotros compartimos este criterio, en realidad es así si analizamos las consecuencias directas tanto de la discriminación como de la violencia. No podemos perder de vista que por definición son dos tipos de actos diferentes con características particulares cada uno de ellos, de hecho hay documentos internacionales que se ocupan en especial de uno u otro. Del propio contexto de la **Convención de Belem Do Pará** se pueden extraer algunas características de la violencia contra la mujer, como por ejemplo que la misma: "*es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres*" (**Preámbulo, Preocupados**); y que: "*la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad*

[35] Este último punto del artículo en cuestión que es común a la Convención de Belem Do Pará o a la DEVM, es innecesario, puesto que se entiende que esto es así de acuerdo a las reglas generales de responsabilidad internacional estatal por violaciones a derechos humanos, desarrollada ampliamente por la jurisprudencia de la CrIDH desde sus primeros casos.

independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases" (**Preámbulo, Recordando**)*;* por otro lado es un obstáculo para su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida, como establece la **DEVM:** "*las oportunidades de que dispone la mujer para lograr su igualdad jurídica, social, política y económica en la sociedad se ven limitadas, entre otras cosas, por una violencia* ***continua y endémica***" (**Preámbulo, Alarmada**, lo resaltado es nuestro); además, "*la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre*" (**Preámbulo, Recordando**).

La **Relatoría de la CIDH sobre los Derechos de la Mujer** en su **Informe Especial** sobre la **Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez** dijo que: "*La violencia contra la mujer representa, en primer lugar y primordialmente, un problema de derechos humanos. En la región se le ha acordado prioridad como tal, en la convicción de que su erradicación es esencial a fin de que las mujeres puedan participar plenamente y en condiciones de igualdad en la vida nacional en todas sus esferas. La violencia contra la mujer es un problema que afecta a hombres, mujeres y niños, distorsiona la vida familiar y el tejido social, suscitando consecuencias intergeneracionales. En determinados estudios se ha documentado que haber estado expuesto a la violencia dentro de la familia durante la niñez es un factor de riesgo de perpetración de actos de violencia de ese género al llegar a la edad adulta. Se trata de un problema de seguridad humana, un problema social y un problema se salud pública*"[36]. En cuanto a la **violencia doméstica** específicamente, la **CIDH** considera que ésta es emblemática, y manifestó en el citado informe, haciendo eco de los criterios expuestos por

[36] CIDH, Informe Anual del 2002, Capítulo VI: Estudios Especiales, Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación.

la **Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU** que: "*En su aspecto más complejo, al violencia en el hogar es un poderoso instrumento de opresión. La violencia contra la mujer en general y la violencia en el hogar en particular, son componentes esenciales de las sociedades que oprimen a la mujer, ya que la violencia contra ella no sólo se deriva de los estereotipos sexuales dominantes, sino que también los sostiene y además, se la utiliza para controlar a la mujer en el único espacio que ella tradicionalmente domina: el hogar*"[37]. En el emblemático **Caso de Maria Da Penha Fernandes,** la violación a los derechos humanos de la víctima (la señora en cuestión) se dio precisamente dentro de un escenario de violencia domestica, lo que llevó a la **CIDH**, no sólo a ocuparse de los hechos propios de ese caso sino también a evaluar, en cierta medida, la situación general de la violencia doméstica en Brasil, la cual en definitiva es muy parecida a la del resto de los países de la región. Según un Informe de la Universidad Católica de Sao Paulo de 1998, el 70% de las denuncias criminales referidas a violencia doméstica contra mujeres se suspendían sin llegar a una conclusión y sólo el 2% de las denuncias criminales por violencia doméstica contra mujeres llegan a condena del agresor[38]. Muchas veces los casos de la violencia doméstica son percibidos por las autoridades como asuntos de poca importancia o como problemas privados o como "peleas de marido y mujer". Lo que trae como consecuencia un problema de acceso a la justicia, como veremos más delante.

El **Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer** (en adelante **CMONU)** también se ha referido al tema de la violencia doméstica señalando como algunas

---

37 CIDH, Informe Anual del 2002, Capítulo VI: Estudios Especiales, Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación.

38 CIDH, Caso Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brasil, Informe de Fondo Nº 54/01 del 16 de abril de 2001.

de sus causales esenciales las actitudes tradicionales hacia la mujer y la dependencia económica que ésta puede tener frente al hombre y que en muchos casos se convierte en el principal impedimento para que reclame sus derechos internacionalmente reconocidos: "*La violencia intra familiar*[39] *es una de las formas más insidiosas de violencia contra la mujer. Es frecuente en todas las sociedades. Dentro de las relaciones familiares las mujeres de todas las edades son sujetas a violencia de todo tipo, incluido estropicio, violación, otras formas de agresión sexual, mental y otras formas de violencia, que son perpetuadas por actitudes tradicionales. La falta de dependencia económica fuerza a muchas mujeres a permanecer en relaciones violentas. La abrogación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia, y coerción. Estas formas de violencia ponen la salud de la mujer en riesgo y menoscaban su habilidad de participar en la vida familiar y pública en bases de equidad*"[40].

C. Razón de su Diferenciación

La necesidad de crear todo un *corpus iuris* de derechos de la mujer nace del hecho de que la mujer tradicionalmente ha estado excluida de muchos ámbitos a los que tradicionalmente accedía el hombre con exclusividad, cuando no había realmente una causa que justificara razonablemente esta exclusión, eso en cuanto a la discriminación propiamente dicha. Pero también porque la mujer no sólo ha sido víctima de esta situación, sino también porque históricamente ha sido objeto de diversas formas violencia. Tanto la violencia como la discrimina-

---

39 El término violencia "intra familiar" era el comúnmente usado en el momento en que el CMONU emitió su recomendación, sin embargo este ha sido superado pero el de violencia "doméstica" que es más amplio.

40 ONU, Committee on The Elimination of The Discrimination Against Women, General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992.

ción son manifestaciones de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer[41].

Si analizamos los documentos internacionales que conforman este *corpus iuris* de derechos de la mujer vemos que realmente son pocos los derechos nuevos, digámoslo así, que contienen, a diferencia de los cuerpos de derechos de otros grupos diferenciados. Lo que encontramos en los documentos internacionales de *corpus iuris* de derechos de la mujer son normas que desarrollan o buscan una efectiva aplicación de dos principios (no discriminación y respeto a la integridad personal) que ya se encuentran contenidos en **todos** los tratados generales de derechos humanos, sean del **Sistema Universal** o de los **Sistemas Regionales**[42], pero que por las razones expuestas necesitan ser reforzados, desarrollados y sobre todo monitoreados en la práctica. Como bien señala la **CEDM** en su **Preámbulo:** "*Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos* (los instrumentos generales de derechos humanos) *las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones".* Los pocos derechos realmente específicos que encontramos recogidos para las mujeres son en general los relacionados con la protección de la condición de embarazo que es exclusiva de las mujeres y con la salud reproductiva femenina.

Además de lo arriba expuesto, debemos tomar en cuenta que dentro del conjunto de este grupo diferenciado, hay otros grupos de mujeres especialmente vulnerables por su condición racial, étni-

---

41 Es precisamente esta situación la que hace necesaria esta protección especial, la cual incluye y justifica la existencia de una Relatoría de la CIDH sobre los Derechos de la Mujer.

42 De hecho desde la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, la cual fue suscrita en los primeros momentos de la OEA, se reconoce formalmente la concesión a la mujer de los mismos derechos que tiene el hombre. Dice su único artículo de naturaleza sustantiva que: "*Los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre*" (Art. 1). Claro que por más que esta disposición estuviera en un instrumento de naturaleza convencional, la sociedad y los sistemas jurídicos de mediados del Siglo XX, no dieron cabal cumplimiento a esta norma.

ca, migratoria, de refugiada, de desplazada, cuando está embarazada, discapacitada, es menor de edad, anciana, pobre, privada de libertad o afectada por situaciones de conflicto armado (**Convención de Belem Do Pará Art. 9**). En este sentido existen incluso tratados u otro tipo de documentos internacionales que se ocupan de estos subgrupos, un ejemplo muy acertado es la propia **Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado**.

D. Derechos Especiales

Entre los derechos especiales que se derivan de la condición de pertenecer a este grupo, podemos señalar a manera de ejemplo: "*El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso* ***la salvaguardia de la función de reproducción***" (Lo resaltado es nuestro **CEDM Art. 11.1 f.**). "*La obligación del Estado de prohibir bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil*" (**CEDM, Art. 11.2 a.**); "*a implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales*" (**CEDM, Art. 11.2 b.**). "*Los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia*" (**CEDM, Art. 12.2**). Debemos recordar que además de las normas contenidas en estos tratados de **DIDH**, existe todo un *corpus iuris* de normas emanadas de la **OIT** sobre la protección del trabajo de la mujer en general y de la maternidad en particular como por ejemplo: el **Convenio Nº 183**[43] y la **Recomendación**

[43] OIT, Convenio Nº 183 sobre La Protección de la Maternidad, Adoptado el 15 de junio de 2000 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su octogésima octava reunión, entrado en vigor el 7 de febrero de 2002. En esta misma reunión se aprobó la Recomendación Nº 191.

Nº 191, sobre la protección de la maternidad ambos del 2000. Otra práctica que consideramos violatoria de la protección del estado de embarazo es la de prohibir a las adolescentes embarazadas continuar asistiendo a clases en los centros educativos comunes mientras esto no represente un riesgo para su salud.

Además, podemos señalar como derechos específicos de las mujeres: la prohibición de toda forma de esterilización, embarazo o aborto forzado[44] así como el derecho a recibir información relevante sobre los tipos y métodos anticonceptivos existentes y el efecto que el uso de los mismos pueda tener en su salud reproductiva[45].

E. Otros Puntos Relevantes

Ahora trataremos algunos temas que consideramos esenciales y a los cuales tanto la **Comisión Interamericana** como su **Relatoría sobre los Derechos de la Mujer** les han prestado especial atención, estos son: El acceso a la justicia y la impunidad en los casos de violencia contra la mujer, la participación política de la mujer, la no discriminación de la mujer (al que ya nos hemos referido), la igualdad de derechos en el matrimonio, y agregaríamos nosotros, aunque no ha sido tan desarrollado por estos organismos, la importancia de educación para cambiar las visiones esteriotipadas de la visión de género.

En primer lugar queremos observar que de los tres casos contenciosos principales donde la **CIDH** hizo el análisis de los mismos desde una perspectiva de género, es decir consideró la gravedad de las violaciones atendiendo al género de las víctimas (todas mujeres), los

---

44 ONU, Committee on The Elimination of The Discrimination Against Women, General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992. ONU, Committee on The Elimination of The Discrimination Against Women, General Recommendation No.21: Equality in marriage and family relations, 1994.

45. ONU, Committee on The Elimination of The Discrimination Against Women, General Recommendation No.21: Equality in marriage and family relations, 1994.

casos: **María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala; Ana, Beatriz y Celia Gonzáles Pérez v. México y María Da Penha Fernandes v. Brasil**, sólo en este último decretó formalmente violación del Estado al **Art. 7** de la **Convención de Belem do Pará**, en los otros casos utilizó dicha convención como instrumento interpretativo. De hecho, por mandato expreso del **Art. 12** de la **Convención de Belem Do Pará** sólo se pueden presentar denuncias ente el **Sistema Interamericano** por violación al **Art. 7** de dicha convención. *"El ámbito de aplicación de la Convención de Belem Do Pará se refiere pues a situaciones definidas por dos condiciones: primero, que haya habido violencia contra la mujer tal como se describe en los incisos a) y b); y segundo que esa violencia sea perpetrada o tolerada por el Estado"*[46].

E.1. Erradicación de las Prácticas Tradicionales Violatorias de los Derechos de la Mujer

Existen en un gran número de países y culturas prácticas tradicionales que son altamente violatorias de los derechos de la mujer y que quedan en impunidad al verse el perpetrador amparado por la religión o la costumbre o, en los casos más graves, por la misma ley. Los organismos de **DIDH** han sido enfáticos en señalar que este tipo prácticas deben ser erradicadas. Entre las prácticas tradicionales que el **CMONU** ha considerado violatorias de los derechos de este grupo podemos señalar: La circuncisión femenina[47], restricciones dietéticas a las mujeres embarazadas[48], la preferencia de los niños varones sobre

---

46 CIDH, Caso Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brasil, Informe de Fondo Nº 54/01 del 16 de abril de 2001.

47 ONU, Committee on The Elimnation of The Discrimination Against Women, General Recommendation No. 14: Female circumcision, 1990. ONU, Committee on The Elimination of The Discrimination Against Women, General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992.

48 ONU, Committee on The Elimination of The Discrimination Against Women, General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992.

las niñas[49], la mutilación de los genitales femeninos[50], el derecho de los familiares a arreglar el matrimonio de las niñas de la familia o a aceptar éste en su nombre[51] y la poligamia[52].

Pese a que concordamos en principio con el **CMONU** es nuestra obligación mencionar también que si bien existe consenso en que la mayoría de estas prácticas deben ser erradicadas, en el caso de algunas otras como la poligamia existe debate entre el sector que señala la primacía de los derechos de la mujer, y un sector igualmente importante de la doctrina del **DIDH** el cual considera que ciertas prácticas tradicionales aunque no sean totalmente acordes a los principios de derechos humanos generalmente aplicables deben aceptarse de acuerdo al derecho a la cultura si dentro del contexto cultural no representan un menoscabo de la dignidad de la mujer.

E.2. El Papel de la Educación en el Combate de la Violencia y Discriminación Contra la Mujer

En cuanto al tema de la **educación** como herramienta para superar esta visión tradicional de la mujer, consideramos que dado que este problema tiene profundas raíces en la cultura, en la historia, e incluso en la religión predominante de nuestros países, la educación, es, a largo plazo la más necesaria y eficaz de todas las medidas. De hecho no fue sino hasta el Concilio de Trento de 1545 cuando la Iglesia Católica reconoció que las mujeres tenían alma. De nada sirve que nuestras

---

49 ONU, Committee on The Elimination of The Discrimination Against Women, General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992.

50 ONU, Committee on The Elimination of The Discrimination Against Women, General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992.

51 ONU, Committee on The Elimination of The Discrimination Against Women, General Recommendation No. 21: Equality in marriage and family relations, 1994.

52 ONU, Committee on The Elimination of The Discriminations Against Women, General Recommendation No. 21: Equality in marriage and family relations, 1994.

legislaciones sean permeadas por las disposiciones de la **Convención de Belem Do Pará** y del resto de los tratados que protegen los derechos de la mujer y que los Estados introduzcan reformas institucionales profundas en sus sistemas policiales y judiciales, si la población en general no toma conciencia de la equidad y respeto con que hay que tratar a la mujer.

En este contexto, los tratados de la materia son explícitos, así la **CEDM** establece que: "*Para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia*" (**Preámbulo, Reconociendo**). "*Los Estados Partes tomaron todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos*" (**Art. 5**). Entre las medidas que sugiere este instrumento para eliminar la discriminación contra la mujer a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en al esfera de la educación está la: "*Eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza*" (**Art. 10 c.**).

Entre las políticas que sugiere la **DEVM** para eliminar la violencia contra la mujer menciona: "*Adoptar todas las medidas apropiadas especialmente en el sector de la educación para modificar las pautas sociales y culturales de comportamiento del hombre y de la mujer y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos y en la atribución de papeles estereotipados al hombre y a la mujer*" (**Art. 4 j.**). La **Convención de Belem Do Pará** consideramos es un poco más abarcadora en su redacción cuando señala como una de sus medidas específicas para lograr la erradicación de la discriminación y la violencia contra la mujer el deber de los Estados Partes de: "*modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en al premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer*" (**Art. 8 b.**). También establece este tratado que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye entre otros: "*el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación*" (**Art. 6 b.**).

La **CIDH** en sus recomendaciones al Estado Brasileño con motivo del **Caso Maria Da Penha Maia Fernandes**, señaló que éste debía: "*Incluir en sus planes pedagógicos unidades curriculares destinadas a la comprensión de la importancia del respeto a la mujer y a sus derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará, así como al manejo de los conflictos intrafamiliares*"[53].

[53] CIDH, Caso Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brasil, Informe de Fondo Nº 54/01 del 16 de abril de 2001.

E.3. Medidas Especiales de Carácter Temporal

La efectiva consecución del derecho de igualdad de la mujer puede exigir que el Estado tome ciertas medidas positivas, tales medidas pueden involucrar incluso una limitante a la voluntad de particulares tales como los empleadores[54], entre otros, esto con fundamento en que el proceso educativo al que anteriormente hacíamos referencia es una solución a largo plazo y medidas de carácter más inmediato también son necesarias para prevenir la violación continua de los derechos de la mujer. A este respecto ha señalado el **CMONU:** "*Los Estados partes deben hacer mayor uso de medidas temporales especiales, tales como acción positiva, trato preferencial o sistemas de cuotas para avanzar la integración de la mujer en la educación, la economía, la política y el empleo*"[55].

Se debe resaltar el carácter temporal de estas medidas pues las mismas no deben ser consideradas como una solución definitiva y su permanencia en vigencia luego de superadas las causas que dieron razón a su origen puede constituirse en la concesión de un privilegio injusto: "*Entonces, tales medidas no deben ser consideradas necesarias para siempre, incluso si el significado de "temporal" pueda, de hecho, resultar en la aplicación de tales medidas por un largo periodo de tiempo. La duración de un medida temporal especial debe determinarse por su resultado funcional en respuesta a un problema concreto y no por un pasaje de tiempo predeterminado. Las medidas especiales temporales deben ser descontinuadas cuando su resultado deseado sea alcanzado y sostenido por un periodo de tiempo*"[56].

---

54 Como por ejemplo, cuotas de contratación, prohibición de la prueba de embarazo como requisito para la contratación, entre otras.

55 ONU, Committee on The Elimination of Discrimination Against The Women, General Recommendation Nº 5: Temporary special measures, 1988.

56 ONU, Committee on The Elimination of Discrimination Against The Women, General Recommendation Nº 5: Temporary special measures, 1988.

E.4. Participación Política de la Mujer

La participación política de la mujer fue considerada por los Estados miembros de la OEA desde 1948 cuando suscribieron la **Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer,** la cual establecía en su **Art. 1** que: "*Las Altas Partes Contratantes, convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razón de sexo*".

Este derecho a la igualdad y no discriminación en la participación política es otro de los que se desprende de una interpretación conjunta de los artículos referentes a la igualdad ante la ley y a la participación política consagrados en los tratados generales de derechos humanos, sin embargo, como veíamos, necesita también ser reforzado porque la realidad del momento histórico así lo demandaba. En esta línea la **CEDM** establece en su **Art. 7** que: "*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a: a) votar en todas las elecciones y referendos públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objetos de elecciones públicas; b) participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales; c) participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país*". Además su **Art. 8** dispone: "*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales*". Este derecho también está consagrado en nuestro tratado regional, la **Convención de Belem Do Pará**, en su

Art. 4 literal j., así como en el **Art. 3** de la **CEDM.** La **Comisión Interamericana** se refirió exclusivamente al derecho de la mujer a participar en la vida política del Estado con motivo de su informe titulado **Consideraciones sobre la Compatibilidad de las Medidas de Acción Afirmativa Concebidas para Promover la Participación Política de la Mujer con los Principios de Igualdad y no de Discriminación**[57], en este informe la **CIDH** señaló que: "*En términos generales, la comunidad regional e internacional han reconocido que, aunque la existencia de una igualdad formal de derecho es un requisito previo para superar la discriminación, ésta no se traduce necesariamente en una igualdad práctica. Por el contrario, mientras las constituciones de nuestra región garantizan la igualdad entre la mujer y el hombre, la mujer sigue teniendo una representación minoritaria en virtualmente todos los aspectos de la vida política. Tampoco es cierto que las leyes y políticas neutrales de política de género necesariamente producen resultados neutrales en materia de género. En consecuencia, los instrumentos y las políticas adoptados tanto a nivel regional como universal requieren de la adopción de medidas especiales, cuando sea necesario, para promover la igualdad de acceso de la mujer a la participación en la vida pública. El objetivo de brindar a la mujer una igualdad efectiva de acceso a la participación en la vida pública es, evidentemente, en sí y de por sí, un objetivo legítimo y necesario... En los casos en que la discriminación de derecho o de hecho restringe el pleno ejercicio por parte de la mujer de su derecho de participar en el gobierno y en los asuntos públicos de su país, se debe responder a esa inconformidad con acciones concretas. Una de las formas concretas en que se puede cumplir con el deber de respetar y garantizar los derechos controvertidos es a través de la adopción de medidas de acción afirmativa para promover la participación de la mujer en esta esfera. La manera en que se percibe y lleva acabo este objetivo de promover la igualdad de acceso*

[57] Este informe fue solicitado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la Comisión Interamericana de Mujeres.

a la mujer en la participación política es, en primera instancia necesariamente una función de la legislación y la formulación de políticas a nivel nacional y está integralmente relacionada con la situación y la historia específica del país"[58]. En este informe la Comisión Interamericana de Mujeres sugirió una seria de medidas positivas de carácter temporal concebidas para promover la participación de la mujer en la vida política en condiciones de equidad, entre las cuales podemos mencionar a grandes rasgos: promover la reforma de las leyes electorales y de los estatutos de los partidos políticos y promover legislación que consagre la incorporación proporcional de las mujeres en los cargos de elección popular.

E.5. Prevención, Investigación y Sanción de la Violencia Contra la Mujer

Pasando a otro tema, nos referiremos ahora a la prevención, investigación, sanción y tratamiento de la violencia contra la mujer, es decir a la respuesta del Estado a esta situación, la cual es absolutamente intolerable de acuerdo con la normativa internacional que hemos visto. Precisamente este ha sido el tema más tratado tanto por la **Comisión Interamericana** como por su **Relatoría para los Derechos de la Mujer**. Antes de entrar a los pronunciamientos de estos organismos, los cuales son en muchos casos bastante reiterativos, veamos lo que dicen sobre este tema los principales tratados internacionales relativos a la materia.

La **DEVM** establece que lo Estados deben aplicar toda una política orientada a eliminar la violencia contra la mujer (**Art. 4**), quizás parezca demasiado obvio esto de "aplicar una política", sin embargo

---

58 CIDH, Informe Anual de 1999, Capítulo VI: Estudios Especiales, Consideraciones sobre la Compatibilidad de las Medidas de Acción Afirmativa Concebidas para Promover la Participación Política de la Mujer con los Principios de Igualdad y no de Discriminación.

consideramos que este concepto sí tiene contenido claro. Por ejemplo, esto involucra que el los Gobiernos en primera instancia deben tomar conciencia de la relevancia y urgencia del problema de la violencia contra la mujer. En función de esto deberán, antes de tomar las medidas pertinentes, hacer un estudio interdisciplinario del problema desde una visión abarcadora de la realidad, luego elaborar dichas políticas a la luz de las obligaciones internacionales en materia de **DIDH** que dicho Estado haya asumido. Además y como consecuencia lógica de lo anterior la adopción de políticas implica que las medidas que se tomen no deben ser pasajeras, o simplemente diseñadas para tratar de remediar el problema inmediato, por el contrario deben ser elaboradas para que su duración se prolongue en el tiempo y se siga adelante con ellas independientemente que cambien los Gobiernos y las administraciones.

Volviendo al **Art. 4** de la **DEVM** este artículo consagra una serie de medidas que deben ser tomadas en cuenta al momento de diseñar dicha política, entre ellas: castigar todo acto de violencia contra la mujer sea perpetrado por particulares o agentes del Estado (**literal c**.); establecer en la legislación nacional sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar la violencia contra la mujer, que las mujeres objeto de dicha violencia reciban un resarcimiento justo y eficaz, e informar debidamente a las mujeres de estos derechos (**literal d.**); incluir a las ONGs en estos planes nacionales, en especial las que se dedican a tratar asuntos relacionados con la mujer (**literal e**.); adoptar medidas (ya no solo legislativas sino también institucionales) de índole jurídica, política, administrativa y cultural, entre ellas procurar una correcta aplicación de la ley a favor de la protección de la mujer (**literal f**.); procurar la ayuda, tratamiento y rehabilitación física y psicológica de las víctimas de este tipo de violencia, lo que incluye la creación de los programas e instalaciones necesarias para tal fin (**literal g.**); consignar en los presupuestos del Estado los recursos adecuados para los costos de las actividades relacionadas con la eliminación

de la violencia contra la mujer (**literal h.**); capacitar[59] debidamente a los funcionarios y autoridades encargados de velar por el tratamiento y atención de las víctimas de este tipo de violencia (**literal i**); reconocer la importancia y colaborar con las ONGs y otras organizaciones que se dedican a la promoción de los derechos de la mujer (**literales o. y p.**). La **Convención De Belem Do Pará** también sugiere algunas medidas entre las cuales están: establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otras medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (**Art. 7 f.**); fomentar y apoyar programas destinados a concienciar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda (**Art. 8 e.**); alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realizar el respeto a la dignidad de la mujer (**Art. 8 g.**); garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios (**Art. 8 h.**).

---

[59] Sobre este deber de capacitar se refirió la CIDH en su Informe sobre la Situación de la Mujer en Ciudad Juárez y dijo que: "*La capacitación, especialmente para las personas encargadas de responder ante los delitos de violencia contra la mujer, representa un mecanismo importante para crear capacidad técnica y para comprender las dimensiones de género del problema. Si bien el Estado ha adoptado algunas medidas a este respecto y ha dado a conocer algunas iniciativas de ese género, resulta evidente la necesidad esencial de una mayor capacitación para los investigadores comunes, consideración que también se aplica a los funcionarios que tratan con el público en cuanto a la manera de relacionarse con las víctimas y sus familiares, respetando plenamente su dignidad. La capacitación, a su vez, debe ser acompañada por medidas de supervisión y evaluación de los resultados, y de aplicación de sanciones cuando los agentes no cumplen con sus cometidos conforme a la ley. La capacitación es una cara de la moneda y la responsabilidad es la otra*". (Informe Anual de 2002, Capítulo VI: Estudios Especiales).

De toda esta amplia gama de medidas los organismos del **Sistema Interamericano** han dedicado mayor énfasis a investigación y sanción de los delitos de violencia contra la mujer, necesarios para evitar la impunidad y por ende la repetición crónica de estos hechos. De hecho el actual programa de trabajo de la **Relatoría de los Derechos de la Mujer** está destinado a abordar el tema del acceso a la justicia de la mujer, especialmente cuando ha sido objeto de violencia[60].

De los casos contenciosos examinados por la **CIDH** el más emblemático en este sentido es el de **Maria Da Penha Maia Fernandes**, en este caso la **Comisión Interamericana** además de evaluar los hechos objeto de la petición con relación a la víctima específica del mismo, también expresó que en Brasil existía un: "*patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores*". Esta situación, según el análisis de la **CIDH,** constituye un incumplimiento no sólo de la obligación de procesar y condenar a los culpables, sino también la de prevenir estas prácticas. "*Esa inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos*". A este respecto la **Relatoría para los Derechos de la Mujer** ha establecido que: "*Un examen de la jurisprudencia de la Comisión con respecto a las violaciones de los derechos humanos con causas y consecuencias específicas de género confirma un denominador común: la incapacidad de la mayoría de las víctimas de obtener rápido acceso a una protección y garantías judiciales efectivas*"[61]. En cuanto a la **investigación** de estos hechos, en muchos casos delictivos, la mencionada Relatoría ha dicho que: "*…una investiga-*

60 CIDH, Informe Anual del 2002, Capítulo VI: Estudios especiales, Actualización al 2002 de la labor de la Relatoría de los Derechos de la Mujer.

61 CIDH, Informe Anual del 2002, Capítulo VI: Estudios especiales, Actualización a 2002 de la labor de la Relatoría de los Derechos de la Mujer.

ción adecuada aclara los hechos y sienta las bases necesarias para cumplir la obligación de procesar y castigar a los perpetradores…" [62].

Frente a escenarios como este, comunes a muchos países de la región, la **CIDH** y su **Relatoría para los Derechos de la Mujer**, han sido reiterativos al afirmar que la **impunidad** de esta violación a los derechos humanos propicia la perpetuación o repetición crónica de la misma. "*La consecuencia de la impunidad consiste en reducir la visibilidad de esas violaciones de derechos al punto en que la violencia doméstica, por ejemplo, es en la práctica un crimen invisible*"[63]. Otro de los casos emblemáticos donde la **CIDH** analizó el tema de la violencia contra la mujer es el **Caso de Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. México,** en el mismo los hechos se dieron en el marco de un conflicto armado en México y la violencia se manifestó esencialmente en los actos de violación carnal a que fueron sometidas las víctimas, todas mujeres. La **CIDH** en sus recomendaciones instó al Estado Mexicano a investigar de manera completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción penal ordinaria para determinar la responsabilidad de todos los autores de las violaciones, que en definitiva fueron los propios miembros del ejército de aquel país. En este caso la **CIDH** desarrolló una doctrina muy buena sobre la violación carnal dentro de los conflictos armados, la cual no es objeto de este manual desarrollar pero que invitamos a consultar al lector interesado[64].

La **CrEDH** también se ha referido a este tema, sentando en su jurisprudencia que es una obligación de los Estados sancionar la vio-

---

62 CIDH, Informe Anual del 2002, Capítulo VI: Estudios especiales, Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación.

63 CIDH, Informe Anual del 2002, Capítulo VI: Estudios especiales, Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación.

64 CIDH, Caso Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. México, Informe de Fondo Nº 53/01 de 4 de abril de 2001.

lación sexual, entendida ésta en su sentido amplio y no limitando su persecución en base a elementos restrictivos o formalistas: "*La Corte está persuadida que cualquier acercamiento rígido a la persecución de las ofensas sexuales, tales como requerir la prueba de resistencia física en todas las circunstancias, se arriesga a dejar ciertos tipos de violaciones impunes poniendo en riesgo la efectiva protección de la autonomía sexual del individuo. De acuerdo a los estándares contemporáneas y tendencias en esa área, las obligaciones positivas de los Estados miembros bajos los artículos 3 y 8 de la Convención deben ser vistas como requiriendo la penalización y persecución efectiva de todo acto sexual no-consensual, inclusive en la ausencia de resistencia física por parte de la víctima*"[65]. También ha considerado **insustentable** la posición de que el matrimonio constituya una expresión de consentimiento anticipado para la realización de cualquier acto sexual en cualquier momento dentro de la duración del mismo según la cual no podría existir el delito violación sexual perpetuado por un cónyuge contra el otro[66].

E.6. Igualdad Dentro del Matrimonio

El otro tema esencial que vamos a abordar es de la igual de derechos y deberes del hombre y la mujer dentro del matrimonio y la familia, a este respecto la **CEDM** establece en su **Art. 16.1** que**:** "*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el*

---

65 CrEDH, Case of M.C. v. Bulgaria, Judgment of December 4 of 2003.

66 CrEDH, Case of S.W. v. The United Kingdom, Judgment of November 22 of 1994.

matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f)Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso". El caso paradigmático que versa sobre este tema es el **Caso de María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala**, el cual ya comentamos cuando nos referimos a la discriminación por razón de género

Sobre este tema también llama poderosamente la atención que un gran número de países establecen edades mínimas para que las mujeres puedan contraer matrimonio menores que las establecidas para los hombres, aún cuando las presunciones que sustentaban dichas normas, de acuerdo al **CMONU** y la **CrEDH** ya han sido superadas en el plano científico, al respecto nos dice el **CMONU**: "*Algunos países establecen diferentes edades para el matrimonio para hombres y mujeres. Al asumir incorrectamente esas normas que las mujeres tienen una velocidad diferente de evolución intelectual que los hombres, o que su estado de desarrollo físico e intelectual al contraer matrimonio es insustancial, estas normas deben ser abolidas*"[67] .

[67] ONU, Committee on The Elimination of The Discrimination Against Women, General Recommendation No. 21: Equality in marriage and family relations, 1994.

Otra situación respecto a la cual el **CMONU** ha llamado la atención son los procesos de reforma agraria que se están llevando a cabo en muchos Estados, éstos generalmente se fundan en la presunción del hombre como cabeza de familia declinando en una discriminación de la mujer, por lo tanto advierte el **CMONU** que: "*En los países que se encuentran bajo un programa de reforma agraria o redistribución de la tierra entre grupos de diferentes orígenes étnicos, el derecho de la mujer, independiente de su estatus marital, de compartir la distribución de esa tierra redistribuida en términos equitativos con el hombre debe ser cuidadosamente vigilado*"[68].

Por último, queremos mencionar que las mismas presunciones que dan origen a la discriminación de la mujer también en otras ocasiones dan lugar a que se tomen posturas excesivamente paternalistas y que se les sobreproteja con relación al hombre (por ejemplo en muchos países los esquemas de seguridad social contemplaban pensiones de viudez para las mujeres más no para los hombres). Este tipo de posturas no solo constituyen una discriminación del hombre sino que además contribuyen a la perpetuación de una visión retrógrada del papel de la mujer en la sociedad.

III- Privados de Libertad

A. Principales Documentos Internacionales

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos[69] (en adelante **RM**).

---

[68] ONU, Committee on The Elimination of The Discrimination Against Women, General Recommendation No. 21: Equality in marriage and family relations, 1994.

[69] ONU, Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

- Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, Especialmente los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[70].
- Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte[71].
- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión[72] (en adelante **Conjunto de Principios o CP**).
- Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos[73].

De los instrumentos que acabamos de listar el más importante es el que se refiere a las **Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos** (**RM**) como señala **Reforma Penal Internacional**[74]: "*Este es uno de los documentos internacionales más antiguos que atañen al trato*

---

70 ONU, Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, Especialmente los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptados por la Asamblea General en su Resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982.

71 ONU, Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte, Aprobadas por el Consejo Económico y Social en su Resolución 1984/50, de 25 de mayo de 1984.

72 ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

73 ONU, Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

74 Reforma Penal Internacional es una organización internacional no gubernamental. Creada en Londres, Reino Unido, en 1989, RPI cuenta con adherentes en cinco continentes y en más de 80 países. Desarrolla programas sobre una base regional, asistiendo tanto a organizaciones no gubernamentales como a individuos para establecer proyectos en sus propios países. Promueve el intercambio de información y buena práctica entre países con condiciones similares. Los programas regionales de RPI incluyen al África Sub-Sahariana, el Medio Oriente, Europa Central y del Este y Asia Central, el Sur de Asia, y América Latina y el Caribe.

de la gente en prisión y han logrado muy amplio reconocimiento por su valor e influencia en el desarrollo de la política y la práctica penal. Este contiene un mayor nivel de detalles prácticos sobre el deber en el cuidado de los reclusos que el que se debe encontrar generalmente en las declaraciones, convenciones y convenios. Las cortes nacionales e internacionales y otros cuerpos han utilizado las RM para dar a conocer el cuidado a que tienen derecho las personas en custodia" [75]*. "Las Reglas no pretenden dar una descripción detallada de un sistema modelo de las instituciones penales, pero sí pretenden establecer lo que, por acuerdo general, se acepta como elementos esenciales de principios y prácticas adecuadas para el tratamiento de presos y para el manejo de los centros penales"*[76].

Estos son los principales instrumentos que versan sobre el tema penitenciario específicamente, pero este grupo, al igual que lo demás, también está protegido por normas de derechos humanos contenidas en los tratados generales de **DIDH,** así vemos que la **CADH** protege a los privados de libertad principalmente en sus **Arts: 4.6** (relativo al derecho de los condenados a pena de muerte a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena); **5** (relativo al derecho a la integridad personal, en todos sus numerales); **6.2** y **6.3 (a)** (relativos a los trabajos forzosos que realizan los privados de libertad como parte de su condena); **7.4** (derecho de la persona detenida o retenida de ser informada de las razones de su detención y notificada de los cargos), **7.5** (derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, este artículo se utiliza en el contexto de la prisión preventiva), **8.2** (relativo al derecho a la presunción de inocencia, se utiliza con relación a la prisión preventiva), **8.2 (b)** (derecho a ser comunicado de

---

[75] REFORMA PENAL INTERNACIONAL, *Manual de buena práctica penitenciaria,* Reforma Penal Internacional, 2ª ed., San José, C.R.: Guayacán, 2002, p. 17

[76] *Ibidem*, p. 22

la acusación que se le formula), **8.2 (c)** (derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor), **8.2 (g)** (derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable), **8.3** (derecho a no ser coaccionado para autoinculparse). De estas normas las que más son utilizadas a la hora de evaluar situaciones violatorias de los derechos humanos de los privados de libertad son las referentes al derecho a la integridad personal (**Art. 5**), y claro está, cuando estamos frente a este tipo de violaciones también son aplicables (y muy utilizados en la práctica) los tratados específicos referentes a esta materia como lo son: la **Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura**[77] y la **Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**[78]**.**

B. Conceptos Relacionados

Siguiendo el patrón de análisis que hemos estado llevando en los dos grupos precedentes presentaremos algunas definiciones extraídas de los instrumentos internacionales sobre la materia, queremos hacer la salvedad de que esta es la terminología usada por la ONU quizás no sea exactamente igual a la que se utilice en el derecho interno de los Estados, veamos:

a) **Persona detenida:** toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito (**CP, Uso de Términos b.**).
b) **Acusado** (personas detenidas o en prisión preventiva): toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infrac-

---

77 OEA, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General.

78 ONU, Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987.

ción a la ley penal, detenida en un local de policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada (**RM, Art. 84.1**).

c) **Persona presa:** toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito (**CP, Uso de Términos c.**).

d) **Privados de Libertad:** este término es mucho más amplio ya que incluye tanto a aquellos que se encuentran detenidos en prisión preventiva como a aquellos que ya están cumpliendo una condena.

e) **Arresto:** el acto de aprender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad (**CP, Uso de Términos a.**).

f) **Detención:** la condición de las personas detenidas tal como se define supra (**CP, Uso de Términos d.**).

g) **Prisión:** se entiende la condición de las personas presas tal como de define supra (**CP, Uso de Términos e.**).

h) **Juez u otra autoridad:** una autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia (**CP, Uso de Términos f.**).

i) **Principio de apertura:** este es un principio básico para proteger los derechos humanos de las personas en custodia, e implica que las prisiones y otros lugares de detención deberán estar abiertos al escrutinio externo e independiente y las personas en custodia deben tener acceso al mundo exterior.

j) **Principio de normalidad:** implica que a los presos su libertad, contactos externos y posibilidades para su desarrollo personal, no debieran limitarse más de lo absolutamente necesario y que las reglas y los requisitos penitenciarios debieran ser conducentes a prepararlos para una vida normal en la comunidad después de obtener su libertad. Este principio de normalidad no significa que la de vida en prisión deban ser exactamente las

mismas que las que imperan afuera, lujosas, por ejemplo, en una sociedad opulenta, o deplorables y deficientes en una sociedad empobrecida[79]. Aunque la vida en prisión nunca puede ser normal, las condiciones en ella deberían ser tan cercanas a la vida normal como sea posible, aparte de la pérdida de libertad[80]. Este principio tiene su principal fundamento en las **RM**: **Reglas 60.1** y **60.2.**

k) **Finalidad esencial de la pena privativa de la libertad:** esta es la reforma y la readaptación social de los condenados (**Art. 5.6** de la **CADH**). En este sentido las **RM** disponen que: *"El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y satisfacer sus necesidades, sino también sea capaz de hacerlo"* (**Regla 58**); *"Para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes"* (**Regla 59**); *"El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad"* (**Regla 65**).

---

79 REFORMA PENAL INTERNACIONAL, *o.c.,* p. 31

80 *Ibidem*, p. 40

C. Razón de su Diferenciación

Los privados de libertad se consideran un grupo vulnerable, porque se encuentran en una situación tal que dependen totalmente de la voluntad del Estado y sus agentes para poder suplir sus necesidades más básicas y para el efectivo goce del resto de sus derechos. Además por la propia naturaleza de la privación de la libertad se hace necesario que se respeten una serie de condiciones que hagan dicha pena cónsona con el respeto de la dignidad humana, y es precisamente para asegurar el cumplimiento de estas condiciones que el **DIDH** ha creado todo un *corpus iuris* y una serie de organismos de protección a los privados de libertad. La **Corte Interamericana** ha sido reiterativa en su jurisprudencia al señalar que: "*Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una* ***posición especial de garante****, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna*"[81](lo resaltado es nuestro). Esta **posición de garante** del Estado implica una serie de obligaciones y trae consigo ciertas consecuencias jurídicas que veremos más adelante.

Otra de las razones por las que se puede considerar vulnerable a este grupo es porque: "*La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos huma-*

[81] CrIDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

nos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática. La restricción de otros derechos, por el contrario – como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso – no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad"[82]. Precisamente por esta razón uno de los propósitos de los tratados e instrumentos específicos para privados de la libertad es procurar en cierta forma que el privado de libertad pueda gozar en alguna medida de estos otros derechos que colateralmente se ven restringidos, por ello se regula, por ejemplo, el régimen de visitas, se les debe permitir mantener correspondencia con el exterior, en ciertos casos se les debe permitir continuar estudios, entre otras medidas.

El **CDHONU** también se ha referido a esta realidad expresando que: "*No solo las personas privadas de su libertad no deben ser sujetas a tratos que sean contrarios al artículo 7, incluida la experimentación médica o científica, sino que tampoco deben estar sujetas a cualquier dificultad o limitación distinta de las resultantes de la privación de libertad, el respeto a la dignidad de tales personas debe ser garantizado bajo las mismas condiciones que la de las personas libres. Las personas privadas de libertad deben gozar de todos sus derechos establecidos en el pacto, sujetos a las restricciones* ***que sean inevitables*** *en un ambiente cerrado"*[83] (lo resaltado es nuestro).

---

[82] CrIDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

[83] ONU, Human Rights Committee, General Comment 21: Humane treatment of persons deprived of their liberty, 1992.

Como sucede con todos los diferenciados hay ciertos grupos que se consideran especialmente vulnerables, por ejemplo los niños privados de libertad. También hay ciertas circunstancias que pueden acrecentar la vulnerabilidad de un privado de libertad, por ejemplo el hecho de que la persona haya sigo ilegal o arbitrariamente detenida, a este respecto la **CrIDH** ha dicho reiteradamente que: "*una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad*"[84].

D. Temas Especiales

Entre los puntos específicos a los que se refieren las **RM** y que atañen única y exclusivamente a este grupo podemos señalar lo referente a: los locales destinados al alojamiento de los reclusos (**Reglas 9** a la **14**); Higiene personal (**Reglas 15** y **16**); Ropas y cama (**Reglas 17** a la **19**); Alimentación (**Regla 20**); Ejercicios Físicos (**Regla 21**); Servicios médicos (**Reglas 21** a las **26**); Disciplina y sanciones (**Reglas 27** a la **32**); Medios de coerción (**Reglas 33** y **34**); Información y derecho a queja de los reclusos (**Reglas 35** y **36**); Contacto con el mundo exterior (**Reglas 37** a la **39**); Biblioteca (**Regla 40**); Religión (**40** al **42**); Depósitos de objetos pertenecientes a reclusos (**Regla 43**); Trabajo (**Reglas 71** a la **76**); Instrucción y recreo (**Reglas 77** y **78**); Relaciones sociales, ayuda post-penitenciaria (**Reglas 79** a la **81**).

E. Desarrollo Jurisprudencial

Antes de cualquier otra referencia jurisprudencial, debemos reiterar un principio fundamental establecido por la **CrIDH** desde su

[84] CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

primera sentencia de fondo en el **Caso Velásquez Rodríguez**, el mismo establece que: "*Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y* ***por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos****, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana*"[85] (lo resaltado es nuestro).

Con respecto a los privados de libertad, a diferencia de los dos grupos anteriores que hemos visto, la **Corte Interamericana** sí ha desarrollado una considerable jurisprudencia, y se ha pronunciado sobre diversos aspectos relacionados con los privados de libertad principalmente en el contexto del análisis a violaciones a los **Art. 5, 7, 8** y **19** de la **CADH**. Veamos entonces en esta sección los principales puntos que ha desarrollado nuestro tribunal regional de derechos humanos.

Comenzaremos con **la posición de garante del Estado**, a la que nos comenzamos a referir arriba, decíamos que de la misma se desprendían una serie de obligaciones para el Estado y otras consecuencias jurídicas. En primer lugar el Estado como garante de la situación de estas personas debe procurar que las mismas vivan en condiciones compatibles con su dignidad humana, la **CrIDH**, citando a la **CrEDH**, ha establecido en varios de sus fallos que: "*…el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método*

[85] CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente… "[86]. También ha establecido que el Estado: "*debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar*"[87]. Con respecto a la **posición de garante** el **Juez Sergio García Ramírez** ha señalado en más de una ocasión y muy esquemáticamente que la misma implica: "*a) omitir todo aquello que pudiera infligir al sujeto privaciones más allá de las estrictamente necesarias para los efectos de la detención o el cumplimiento de la condena, por una parte, y b) proveer todo lo que resulte pertinente -conforme a la ley aplicable- para asegurar los fines de la reclusión: seguridad y readaptación social, regularmente, por la otra*"[88].

Una de las principales obligaciones que adquiere es Estado en su posición de garante es la preservar la vida e integridad personal de los privados de libertad[89]. Para lo cual entre otras cosas deberá prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia que ocurran en los centros penitenciarios[90], controlar el uso de la fuerza de sus agentes a lo

---

86 CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

87 CrIDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

88 CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre del 2003, Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

89 CrIDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

90 CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

que sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida[91], debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas[92], debe proporcionar atención médica cuando así lo requieran las necesidades de salud de los internos. Sobre este último punto la **CrIDH** entiende que: "*conforme al artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal… La deficiente atención médica recibida por la presunta víctima es violatoria del artículo 5 de Convención Americana*"[93]. Este derecho a la atención médica de los reclusos también tiene su fundamento jurídico en el **Conjunto de Principios,** que en su **Principio 24** establece: "*Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos*". Esto se desarrolla con más amplitud en las **RM** (**Reglas 22, 23, 24, 25, 26, 44, 82 y 83**).

La principal consecuencia jurídica de la posición de garante es que se presume la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que estén bajo su custodia[94], por lo que la carga de la prueba en esos casos recae sobre el Estado demandado[95], y le correspon-

---

91 CrIDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de Fondo de 17 de septiembre de 1997.

92 CrIDH, Medidas Provisionales de la Cárcel de Urso Branco en Brasil, Resolución de 7 de junio de 2004.

93 CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

94 CrIDH, Medidas Provisionales de la Cárcel de Urso Branco en Brasil, Resolución de 18 de junio de 2002.

95 CrIDH, Caso Neira Alegría y Otros v. Perú, Sentencia de Fondo de 19 de enero de 1995.

derá demostrar de **manera fehaciente** que no es responsable de los atentados a la vida, integridad personal u otros derechos, que hayan sufrido los privados de libertad. En un caso donde la víctima fue detenida en buen estado salud y luego falleció durante la detención, la **CrIDH** estableció que: *"recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y conveniente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos… Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquel"*[96].

Otro tema del que sea ha ocupado la jurisprudencia es el referente a la duración de la **prisión preventiva**, y a la separación y distinción en el trato que debe haber entre los acusados o detenidos y los presos. A este respecto las **RM** son categóricas al afirmar que: *"Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena"* (**Regla 8 b. y 85.1**)[97]; *"El acusado gozará de la presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia"* (**Regla 84.2**); La diferencia en el trato que se les concede al resto de los reclusos se manifiesta, por ejemplo, en aspectos como la comodidad de la celda donde se encuentren recluidos, la ropa que utilizan, las facilidades para comunicarse con su familia y defensor y la atención que podrán recibir (**Reglas 86, 87, 88.1, 88.2, 89, 90, 91, 92, 93**), también en el Conjunto de Principios (**Principio 9**). La **CrIDH** considera que la no separación de estas dos categorías de internos coadyuva a que

[96] CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre del 2003.

[97] Las RM también establecen otras categorías de reclusos que deberán estar separados: hombres y mujeres (Regla 8 a.); Aquellos que están cumpliendo una condena penal de aquellos que están presos por motivos civiles (Regla 8 c.); Los menores de los adultos (Regla 8 d.).

exista un clima de inseguridad, tensión y violencia en el centro de detención[98], además, *es per* se violatoria del **Art. 5.4** de la **CADH**[99]**.**

La **Corte Interamericana** desde su temprana jurisprudencia ha señalado en cuanto a la naturaleza y al objeto y fin de esta medida que: "*el* ***principio de presunción de inocencia*** *subyace en el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva* ***es una medida cautelar, no punitiva****… En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos*"[100], "*la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos*"[101].

El **Juez Sergio García Ramírez** en su ya citado pronunciamiento ha señalado en cuanto a la naturaleza de estas medidas que: "*Las*

---

98 CrIDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

99 CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

100 CrIDH, Caso Suárez Rosero v. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997

101 CrIDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

medidas cautelares y de coerción --ante todo, la detención misma-- deben organizarse conforme a los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, sin perder de vista el carácter excepcional que debiera tener, en el orden jurídico de una sociedad democrática, cualquier restricción precautoria de derechos…". Y en cuanto a la forma de realización de las mismas ha dicho que: "*La ejecución de medidas coercitivas, de suyo delicadas y peligrosas, sobre todo cuando atañen a la libertad personal, debiera realizarse en espacios físicos adecuados, que no extremen o agraven la medida, añadiendo a sus naturales consecuencias otros efectos dañinos, y estar a cargo de personas debidamente seleccionadas y preparadas para este desempeño, bajo riguroso control y supervisión*"[102].

Otro aspecto esencial que debe ser tomado en cuenta por los Estados y que ha sido desarrollado por la **CrIDH** y por los diversos instrumentos relativos a la materia es el relativo al **registro de los internos** que hay en las cárceles y en los centros de detención. Este procedimiento es esencial para llevar un control de la situación de cada uno de los detenidos e indispensable para la tutela de sus derechos humanos. A este respecto las **RM** establecen que: "*En todo sitio donde haya personas detenidas, se deberá llevar al día un registro empastado y foliado que indique para cada detenido a) su identidad, b) los motivos de su detención y la autoridad competente que lo dispuso, c) el día y la hora de su ingreso y de su salida*" (**Regla 7.1**); "*Ninguna persona podrá ser admitida en un establecimiento sin una orden válida de detención, cuyos detalles deberán ser consignados previamente en el registro*" (**Regla 7.2**). El **Conjunto de Principios** también establece este deber estatal en su **Principio 12**. La **CrIDH** ha en su **Resolución de Medidas Provisionales** otorgadas a favor de

[102] CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre del 2003, Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

personas detenidas en la **Cárcel de Urso Branco** en Brasil[103], reiteró lo dispuesto en la citada **Regla 7.1** de las **RM**. A este respecto la **CrIDH** ha dicho también en el **Caso Bulacio** que: "*Como ha reconocido este Tribunal en casos anteriores es preciso que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones. Esto supone la inclusión, entre otros datos, de: identificación de los detenidos, motivos de la detención, notificación a la autoridad competente, y a los representantes, custodios o defensores del menor, en su caso y las visitas que éstas hubieran hecho al detenido, el día y hora de ingreso y de liberación, información al menor y a otras personas acerca de los derechos y garantías que asisten al detenido, indicación sobre rastros de golpes o enfermedad mental, traslados del detenido y horario de alimentación. Además el detenido debe consignar su firma y, en caso de negativa la explicación del motivo. El abogado defensor debe tener acceso a este expediente y, en general, a las actuaciones relacionadas con los cargos y la detención*"[104].

Si examinamos algunos de los fallos de la **Corte Interamericana** podemos citar algunos ejemplos de situaciones que de por sí este tribunal ha calificado como violatorias del derecho a la integridad personal y que desafortunadamente son demasiado frecuentes en los países de la región, veamos: la incomunicación durante la detención[105], la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la inti-

---

103 CrIDH, Medidas Provisionales, Cárcel de Urso Branco, Brasil, Resolución de 18 de junio de 2002.

104 CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre del 2003

105 La CrIDH en su jurisprudencia constante ha establecido que la incomunicación de un detenido debe ser excepcional, porque causa a éste sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, ya que lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles, y porque pone en peligro la puntual observancia del debido proceso legal (Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia del 18 de noviembre de 2003).

midación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas[106]; mantener a la persona detenida en condiciones de hacinamiento, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene[107], mala alimentación, pocas oportunidades de hacer ejercicio[108].

IV- Niños

A. Principales Documentos Internacionales

A.1. Generales

- Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño
- Declaración de los Derechos del Niño[109] (en adelante **DDN**).
- Convención sobre los Derechos del Niño[110] (en adelante **CDN**).

Naturalmente que en los tratados generales de derechos humanos tanto del **SIPDH** como del **SUPDH** encontramos normas que se ocupan de la protección de este grupo[111]. Así vemos que la **CADH** consagra la protección de este grupo en su **Art. 19** específicamente, el cual a la letra dice: "*Todo niño tiene derecho a las medidas de protec-*

106 CrIDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de Fondo de 17 de septiembre de 1997.

107 CrIDH, Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

108 CrIDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

109 ONU, Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959.

110 ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

111 Lamentablemente la protección de la niñez no es aparece tan marcada en la CEDH.

ción que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". También encontramos normas aplicables a esta materia en los **Arts.: 4.5** (no aplicación de pena de muerte a menores); **5.5** (separación de menores y adultos en los proceso penales y en las prisiones); **13.4** (la protección de la infancia frente a ciertos espectáculos públicos); **17.5** (reconocimiento de iguales derechos a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio). En el **PSS** encontramos el **Art. 16** (derechos de la niñez[112]) y los **Arts: 7 (f)** (protección laboral de los menores); **13** (derecho a la educación); **15.3 (b)** (alimentación de los niños durante la lactancia y la época escolar).

Encontramos también normas de esta naturaleza en los instrumentos rectores del **SUPDH** así encontramos en el **PIDCP** el **Art. 24** (derechos del niño) y los **Arts.: 6.5** (no aplicación de pena de muerte a los menores); **10.2 (b) (**separación de menores y adultos en los proceso penales y en las prisiones); **14.4** (procesos penales de menores) y **23.4** (protección de los menores luego de la disolución del matrimonio). En el **PIDESC** el **Art. 10. 3** (protección laboral de los menores); **12.2 (a)** (reducción de la mortalidad infantil y la mortinatalidad) y **13** (derecho a la educación).

A.2. Temáticos

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados[113].

---

112 El término "Niñez" que utiliza el PSS como título a su Art. 16 es inexacto, la "niñez" como vimos no tiene derechos, los niños de carne y hueso sí.

113 ONU, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, Aprobado por la Asamblea General en su Resolución 54/263 del 25 de mayo de 2000, Entrado en vigor el 12 de febrero de 2002.

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía[114].
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad[115].
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, "Reglas de Tokio"[116].
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, "Reglas de Beijing"[117].
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, "Directrices de Riad"[118].
- Convenio 138 de la OIT sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo y Recomendación 146[119].
- Convenio 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil y Recomendación 190[120].

---

114 ONU, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, Aprobado por la Asamblea General en su Resolución 54/263 del 25 de mayo de 2000, Entrado en vigor el 18 de enero de 2002.

115 ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

116 ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad "Reglas de Tokio", Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

117 ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores "Reglas de Beijing", Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

118 ONU, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil "Directrices de Riad", Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

119 OIT, Convenio 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, Adoptado el 26 de junio de 1973 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su quincuagésima octava reunión, entrado en vigor el 19 de junio de 1976. En esa misma ocasión se aprobó la Recomendación 146.

120 OIT, Convenio 182 Relativo a las Peores Formas de Trabajo Infantil, Adoptado el 17 de junio de 1999 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su octogésima séptima reunión, entrado en vigor el 19 de noviembre de 2000. En esa misma ocasión se aprobó la Recomendación 190.

Sin duda alguna, y como bien lo reconoce la **Corte Interamericana,** los niños son el grupo especial "*que ha merecido mayor interés de la comunidad internacional*"[121]. Prueba de ello es que el primer instrumento que se ocupó específicamente de ellos fue la **Declaración de Ginebra** que data de 1924, además en el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, **en diversa medida,** a los niños. Recalcamos en "diversa medida" porque esto incluye aquellos en su totalidad se refieren a los derechos del niño y a aquellos que siendo generales o cuyo tema central es otro, contienen algunas disposiciones aplicables a este grupo.

La **CrIDH** desde el **Caso Villagrán Morales** (primer caso donde se aplicó el **Art. 19** de la **CADH**) reconoció la existencia de este muy comprensivo *corpus iuris* de derechos del niño y estableció que el mismo: "*debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana*"[122]. En dicho caso la **CrIDH** utilizó la **CDN** para determinar o definir el término niño, e interpretó el **Art. 19** de la **CADH** a la luz de los **Arts. 2, 3, 6, 20, 27** y **37** de aquel instrumento, de ahí que en esa parte de la sentencia dicho tribunal afirmara que: "*Las normas transcritas permiten precisar, en varias direcciones, los alcances de las -medidas de protección- a que alude el artículo 19 de la Convención Americana*"[123]. La **CrIDH** también utilizó en este caso los estándares de protección de de instrumentos como las **Directrices de Riad** y las **Reglas de Beijing**. Este patrón interpretativo responde al principio de interpretación evolutiva de las normas de derechos humanos, y al principio de integración de los sistemas. Esto se debe a que como

---

121 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

122 CrIDH, Caso Villagrán Morales "Niños de la Calle" v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999.

123 CrIDH, Caso Villagrán Morales "Niños de la Calle" v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999.

expresó la **CrIDH** en la **OC-17** refiriéndose al **Art. 19** de la **CADH:** *"Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección".* En definitiva, *"La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos"*[124]. Dentro de este *corpus iuris* el instrumento central es la **CDN** sobre la cual existe *"un amplio consenso internacional (opinio iuris comunis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento"*[125], muchos de las cuales han ido ejerciendo su influencia transformadora en las legislaciones de los países de nuestro continente y del mundo. Además este documento, a diferencia de sus dos declaraciones precedentes, es de naturaleza convencional (y por tanto vinculante), y no declarativa, además cuenta con un organismo propio de supervisión de cumplimiento (treaty bodies), el **Comité de los Derechos del Niño** (**Art. 43** de la **CDN**)[126].

---

124 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

125 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

126 Sin embargo, como nos recuerda el Juez A. A. Cançado Trindade: *"Los avances, en el presente contexto, en el plano jurídico, no nos pueden hacer olvidar el actual deterioro de las políticas sociales básicas en todas partes, agravando los problemas económico-sociales que tanto afectan a los niños, y que transforman la necesidad de asegurarles el derecho a crear y desarrollar su proyecto de vida una innegable cuestión de justicia. Los problemas recurrentes, y agravantes, que hoy día afectan a los niños (sumados a la tragedia de los niños refugiados, desplazados y apátridas, y de los niños involucrados en conflictos armados), advierten que continuamos lejos de su "protección integral".* CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

B. Conceptos Relacionados

a) **Niño**[127]**:** De acuerdo con el **Art. 1** de la **CDN**: *"Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".* Esta es la definición universalmente aceptada. Ha sido asumida por la jurisprudencia de la **Corte Interamericana,** como dijimos, desde el **Caso Villagrán Morales.** De acuerdo con las **Reglas de Beijing**: *"menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto"* (**Regla 2.2 a.**). Desde el punto de vista jurídico el término "niño" y "menor" son equivalentes. Cuando la **CDN** o cualquier otro instrumento se refiere a "niño", esta expresión incluye a los adolescentes y obviamente a las niñas.

b) **Mayoría de edad:** es la etapa o condición que comienza cuando, de acuerdo a la legislación aplicable, el menor por razón de su edad deja de serlo. Puede darse el caso que de acuerdo a la legislación interna una persona sea considerado menor y que de acuerdo al **DIDH** ya sea considerado adulto, caso de los países que tienen la mayoría de edad en 21 años por ejemplo. *"La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial"*[128]*.* La mayoría de edad tiene que ver con la capacidad jurídica o capacidad de ejercicio del derecho.

---

127 El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes.

128 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

c) **Interés superior del menor:** En esencia es el principio rector de todas las medidas y decisiones que se tomen con respecto a los niños, consiste en procurar el pleno goce de todos sus derechos y el desarrollo de todas sus potencialidades. "*Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el* ***desarrollo*** *de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño"* [129] (lo resaltado es nuestro). "*Implica que el desarrollo de éste* (el niño) *y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".* La **CrIDH** en su jurisprudencia ha destacado que: "*el Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra "desarrollo" de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social"*[130]*.* Desde el punto de vista de quien ejerce la autoridad sobre el niño, es el "*fundamento de la autoridad parental"*[131]*.* Este principio dispone una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

A propósito de este principio del interés superior del menor, la **DDN** establece en su **Principio 2:** "*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios,*

129 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

130 CrIDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

131 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño". En este mismo sentido el **Art. 3.1** de la **CDN** establece: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".* Este principio se reitera en diversas ocasiones en la **CDN** en muchos de los temas que ésta aborda, así por ejemplo lo vemos mencionado en los **Arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37** y **40**. *"A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos… En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia"*[132].

El **CDNONU** ha sido enfático en señalar que este principio del interés superior del menor debe ser respetado en todo momento y por todos los cuerpos del Estado: *"El artículo*[133] *se refiere a las acciones tomadas por instituciones públicas o privadas de beneficencia social, tribunales de justicia, autoridades administrativas o cuerpos legislativos. El artículo requiere medidas positivas a lo largo del gobierno, el parlamento y la judi-*

132 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

133 Artículo 3.1 de la CDN que consagra el principio de interés superior del menor

catura. Cada cuerpo o institución, legislativa administrativa y judicial es requerido de aplicar el principio del interés superior al considerar sistemáticamente como los derechos e intereses de los niños son o serán afectados por sus decisiones y acciones"[134].

d) **Imputabilidad:** "*es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si éste carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable. La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad*"[135]. De acuerdo a las **Reglas de Beijing** la imputabilidad penal "*no deberá fijarse en una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual*" (**Regla 4**). La **CDN** señala el deber del Estado de fijar una edad mínima en su **Art. 40.3 (a)** Los adultos son plenamente imputables, los menores de dieciocho años tienen imputabilidad disminuida, pero dentro de los menores de dieciocho años hay un grupo que es totalmente inimputable (por ejemplo los menores de 14 en el caso de Panamá), quienes por ningún motivo pueden ser sujeto de acción penal. A esta edad es la que se refiere la **Regla 4** de las **Reglas de Beijing** y el **Art. 40.3** de la **CDN.** Dicha edad varía de un país a otro, incluso puede variar dentro de un mismo Estado, en el caso de los Estados Federales

134 ONU, Committee on The Rights of The Child, General Comment No. 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 2003.

135 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

C. Razón de su Diferenciación

Los niños constituyen un grupo que requiere de protección y cuidados especiales debido a su debilidad, inmadurez o inexperiencia[136]. A este respecto la **DDN** establece: "*Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*" (**Preámbulo, tercer considerando**). Esta consideración es reafirmada también por la **CDN** en su **Preámbulo.** El propio **Art. 19** de la **CADH** habla de: "*las medidas de protección que* ***su condición de menor*** *requieren*" (lo resaltado es nuestro). En este sentido la **Comisión Interamericana** ha dicho que: "*la razón de ser del artículo 19 de la Convención radica en la vulnerabilidad de los niños y en su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos*"[137].

Ahora bien, dentro de los niños existen algunos que por su condición se encuentran en un especial grado de vulnerabilidad como por ejemplos los niños que están inmersos en conflictos armados (**Art. 38** de la **CDN**), los niños en situación de riesgo (como veremos más adelante), los niños refugiados (**Art. 22** de la **CDN**), los niños discapacitados (**Art. 23** de la **CDN**), los niños pertenecientes a minorías o los indígenas (**Art. 30 CDN**), los niños con VIH, los niños objeto de explotación sexual, entre otros.

D. Desarrollo Jurisprudencial

Adentrándonos en la jurisprudencia de la **CrIDH**, esta comenzó a ocuparse del tema de los menores a partir del **Caso Villagrán**

---

136 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

137 CrIDH, Caso Villagrán Morales "Niños de la Calle" v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999.

Morales, cuya sentencia de fondo es tres años anterior a la **Opinión Consultiva 17**, la cual desarrolla *in extenso* dicha materia. En aquel caso, la **Corte Interamericana** se refirió al **Art. 19** de la **CADH** en el contexto de violaciones al derecho a la vida y a la integridad de niños en situación de riesgo (niños de la calle), en ese caso se comprobó que en dicho Estado existía, en la época en que ocurrieron los hechos un patrón de violencia contra dicho sector de la población. En ese contexto la **CrIDH** consideró que: "*A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los "niños de la calle", los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad"* (como establece la **CDN** en su **Preámbulo, Párrafo 6**)*, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida*"[138]. Los **Jueces A. A. Cançado Trindade** y **A. Abreu Burelli** consideraron que: "*En el presente caso Villagrán Morales versus Guatemala (Fondo), atinente a la muerte de niños por agentes policiales del Estado, hay la circunstancia agravante de que la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia. El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente*

[138] CrIDH, Caso Villagrán Morales "Niños de la Calle" v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999.

en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle… "[139].

En este caso al **CrIDH** interpretó el **Art. 19** de la **CADH** a la luz de los **Arts. 3.2, 6.1, Art. 6.2**: "*Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*". **Art. 20.1**: "*Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*". **Art. 20.2**: "*Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños*". **Art. 27.1**: "*Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*". **Art. 27.3** y **Art. 37** de la **CDN,** las disposiciones trascritas son aquellas que a nuestro juicio merecen especial atención para el tema desarrollado en ese caso.

La pobreza, la desintegración familiar, la violencia doméstica, el abandono, las drogas, los abusos sexuales, la falta de alternativas al ocio y al tiempo libre, el no poder acceder a una educación básica, la falta de ejemplos positivos a seguir y el contacto permanente con un **medio adverso** (muchas veces criminoso) en el que se encuentran estos "niños de la calle" los hace especialmente propensos incurrir en actividades delictivas, por tanto: "*si los Estados tienen elementos para creer que los "niños de la calle" están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito*"[140].

---

[139] CrIDH, Caso Villagrán Morales "Niños de la Calle" v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999, Voto Concurrente Conjunto de los Jueces Antonio Augusto Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli.

[140] CrIDH, Caso Villagrán Morales "Niños de la Calle" v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999.

Nosotros somos de la firme convicción, y en esto nos respalda tanto la letra como el espíritu de todos los instrumentos internacionales en materia de justicia penal de adolescentes, de que la mejor forma de combatir la delincuencia juvenil es la prevención. Pero una prevención que sea concebida de manera integral, que esté destinada a combatir aquellas causas que los inducen a delinquir, que busque mejorar sus condiciones de vida. Debe haber toda una política estatal orientada a procurar que el ambiente donde el niño crezca y se desarrolle lo induzca lo menos posible a delinquir. Esto tiene que ver con su ambiente familiar (como veremos a continuación), con su vivienda y alimentación, con las oportunidades educativas que tenga, con las posibilidades de recreación y sano esparcimiento de que pueda gozar, entre otros factores que tienen su origen principalmente en lo económico. Aquí vemos un ejemplo más de las implicaciones de una consideración universal e integral de los derechos humanos donde los derechos económicos, sociales y culturales y los civiles y políticos, interactúan entre sí. Por eso las políticas estatales que pretendan prevenir y erradicar la delincuencia juvenil deben ser ideadas a largo plazo y seguidas con seriedad para procurar su continuidad a pesar de los posibles cambios de Gobierno y de Administración que puedan ocurrir dentro del Estado. De lo contrario la delincuencia juvenil seguirá en aumentó, y los gobiernos podrán reducir la edad de imputabilidad de los menores, endurecer las penas para los delitos, ampliar el catálogo de delitos que admitan prisión y demás, en fin, ser más **represivos** que **preventivos,** y así sucesivamente de manera escalonada sin que se ataque la raíz del problema y sin que se solucione. Es precisamente en este escenario donde se dan las peores violaciones de los derechos humanos de los menores, las sistemáticas.

Siguiendo con el análisis de la jurisprudencia de la **CrIDH**, llegamos a la **Opinión Consultiva 17**, la cual se titula: "Condición jurídica y derechos humanos del niño". Este documento está estructurado

sobre 4 ejes temáticos principales: a) La igualdad, b) El interés superior del menor, c) Los Deberes de la familia, la sociedad y el Estado y, d) Los Procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños.

De los cuatro, sólo nos referiremos en este apartado a los dos últimos, el primero fue tratado en este Manual cuando tratamos el derecho a la igualdad ante la ley[141], y el segundo lo definimos en esta sección cuando desarrollamos algunos conceptos esenciales.

En cuanto a los **Deberes de la familia, la sociedad y el Estado** la **OC-17** desarrolla los siguientes puntos principales:

a) **La familia como núcleo central de protección**: la familia es la primea esfera de cuidado y protección del niño, las otras (sociedad y Estado) son complementarias, entran en juego en situaciones determinadas y para fines muy específicos, como lo reconoce tanto la **CADH** en su **Art. 19,** como el **PSS** en su **Art. 16.** Así, dijo la **CrIDH** que: *"En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación".* Ahora bien, el Estado a su vez tiene el deber autónomo de proteger a la familia y al matrimonio. *"El Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, -el recono-*

[141] En resumen y un poco a manera de repaso, con los niños ocurre lo mismo que con todos los demás grupos diferenciados, que al ser vulnerables por determinadas razones y circunstancias hay que darles un trato especial, diferente y requieren de la aplicación de ciertas medidas específicas por parte de la sociedad y el Estado, por lo que este trato diferente no implica una violación al derecho a la igualdad ante la ley ni constituye discriminación, al contrario, como dijimos, es necesario para el cabal ejercicio de los derechos humanos de estos grupos.

cimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad- con derecho a -la protección de la sociedad y el Estado-, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos…" la **CrIDH** enumera, para fundamentar este argumento los siguientes instrumentos: **DUDH** (**Art. 16.3**), **DADH** (**Art. VI**), **PIDCP** (**Art. 23.1**), **CADH** (**Art. 17**), **Directrices de Riad** (**12** y **13**), la **Declaración para el Progreso y el Desarrollo en lo Social** (**Art. 4**), y agregaríamos nosotros el **PSS** (**Art. 15**). Este derecho fue desarrollado ampliamente en la sección referente al "Derecho a la Familia", por lo que remitimos al lector a dicho capítulo para mayor información.

b) **Separación excepcional del niño de su familia**: Pese lo anterior, debemos advertir que es una obligación del Estado intervenir, incluso contra la voluntad de los padres o tutores, cuando se vean puestos en riesgo los derechos del niño, así nos dice el **CDNONU** que: "*En los casos en que los padres y la familia falten seriamente a sus deberes, maltraten o descuiden al niño, el Estado debe intervenir para restringir la patria potestad y el niño deberá ser separado de su familia cuando las circunstancias así lo requieran*"[142].

La **CrIDH** sintetiza este punto de la siguiente manera: "*el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal".* Como lo expresan, las **Directrices de Riad** (**14** y **17**), **PSS** (**Art. 16**), **CDN** (**Arts. 5, 9, 19** y **20**)**.** Una de las razones de la excepcionalidad de esta medida es

[142] ONU, Human Rights Committee, General Comment 17: Rights of the child, 1989.

el derecho del niño, y de toda persona, a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, el cual también está consagrado en diversos instrumentos de **DDHH**[143]. Además, como estableció la **CrIDH** tomando criterios de la **CrEDH**: "*La propia Corte Europea ha hecho ver que las autoridades poseen, en algunos casos, facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño. Sin embargo, no hay que perder de vista las limitaciones existentes en diversas materias, como el acceso de los padres al menor. Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres".* Es importante destacar el criterio de la **CrIDH** de que: La carencia de recursos materiales o económicos no puede ser el único criterio que sustente una decisión del Estado de separar el niño de su familia. A nuestro criterio sólo deberían separarse a los niños de sus padres cuando éstos demuestren ser totalmente incapaces de cuidarlos o bien demuestren negligencia o falta de voluntad al hacerlo, o estén guiados por convicciones erróneas, de tal forma que se encuentre en peligro la propia seguridad del niño. Recordemos que en virtud de la normativa internacional de protección de los derechos del niño, el Estado tiene la obligación de protegerlo incluso de la actuación de agentes no estatales, es decir particulares como familiares, educadores entre otros (*Drittwirkung*) y de no hacerlo podría incurrir en responsabilidad internacional. Es lo que se conoce como protección *erga omnes*[144].

---

143 Como por ejemplo la DUDH (Art. 12.1), DADH (Art. V), PIDCP (Art. 17), CADH (Art. 11.2) y la CEDH (Art. 8).

144 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

c) **Instituciones y personal**: "*La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño*". Esto obviamente se refiere a los medios materiales, a la estructura necesaria para que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos del niño. Hacemos énfasis en la necesidad de personal debidamente calificado, sobre todo en áreas como la administración de justicia de menores, la asistencia a problemas familiares, de colocación de menores y de atención a los niños víctimas de cualquier tipo de violencia.

El **CDNONU** ha desarrollado más a fondo el contenido de esta obligación y ha advertido que la misma no sólo existe con respecto a los funcionarios estatales, sino con todos aquellos individuos que por cualquier razón presten servicios o realicen actividades donde se vean involucrados los derechos de los niños: "*El Comité enfatiza la obligación de desarrollar entrenamiento y capacitación para todos aquellos involucrados en el proceso de implementación -oficiales del gobierno, parlamentarios, miembros de la judicatura- y para todos aquellos que trabajan con y para los niños. Estos incluye, por ejemplo, líderes comunitarios y religiosos, maestros, trabajadores sociales y otros profesionales, incluidos los que trabajan con niños en instituciones y lugares de detención, la policía y las fuerzas armadas, las fuerzas de paz, aquellos que trabajan en los medios y muchos otros. El entrenamiento debe ser sistemático y conti-*

nuado –entrenamiento inicial y reentrenamiento-. El propósito del entrenamiento es enfatizar el status del niño como poseedor de derechos humanos, para incrementar el conocimiento y el entendimiento de la Convención e incentivar el respeto activo de todas sus disposiciones. El Comité espera ver la Convención reflejada en los planes de entrenamiento profesional, los códigos conducta y los planes educativos en todos los niveles"[145].

d) **Condiciones de vida y educación del niño**: el derecho a la vida del niño, como el de cualquier persona, tiene dos dimensiones, digámoslo así, la primera, que resulta de la interpretación literal de las disposiciones referentes al derecho a la vida contenidas en los principales documentos internacionales de **DDHH**, que consiste en el derecho de toda persona a no ser privada de su vida ilegal o arbitrariamente. Y la segunda, que es elaboración más bien de la jurisprudencia, en el **SIPDH** sobre todo a partir del **Caso Villagrán Morales,** que consiste en el derecho a toda persona no sólo a no ser privada de su vida sino también a tener una vida digna[146]. *"En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos".* En conjunto, la **CrIDH** presenta como fundamento, además del citado caso, los siguientes instrumentos: **CDN** (**Arts. 4, 7** y **23.1**), **Conferen-**

---

145 ONU, Committee on The Rights of The Child, General Comment No. 5: General measures of implementation on the Convention on the Rights of the Child, 2003.

146 Este derecho como hemos dicho nos parece más adecuado considerarlo como un DESC.

cia Internacional sobre Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994 **Principio 10** y **11**), **Declaración y Programa de Acción de Viena.** En lo relativo al nivel de vida son aplicables principalmente todas las normas relativas a los **DESC** las cuales tienen un contenido autónomo propio.

En lo referente al derecho a la educación, (**Arts. 13 y 16** del **PSS**) el **Juez A. A. Cançado Trindade** ha dicho que: "*No basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad. De ahí la trascendental importancia de la educación en general, y de la educación en derechos humanos en particular… Todo niño tiene efectivamente el derecho de crear y desarrollar su propio proyecto de vida. A mi juicio, la adquisición del conocimiento es una forma -quizás la más eficaz- de emancipación humana, e imprescindible para la salvaguarda de los derechos inherentes de todo ser humano*"[147].

En cuanto al derecho a la salud del niño el **CDNONU** ha recalcado la importancia de respetar, también a los niños el derecho a la confidencialidad médica, especialmente en los temas relacionados con la anticoncepción y las enfermedades sexuales, pues una política de notificar siempre a los padres podría disuadir a los niños de buscar la ayuda médica que necesitan, poniendo así en peligro su salud[148].

En lo que respecta a los **Procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños,** la **OC-17**, desarrolló los siguientes puntos que presentamos a continuación:

---

147 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

148 ONU, Committee On The Rights of the Child, General Comment Nº 4: Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child, 2003.

a) **Debido proceso y garantías**: Debido a que los niños no pueden participar de un proceso en las mismas condiciones en que lo hace un adulto, sobre todo en los procesos penales en los que se juzga a menores, el derecho internacional de los derechos humanos, reconociendo esta diferencia, se ha encargado de crear todo un marco normativo de garantías judiciales que están destinadas compensar esta desventaja real de los menores. *"Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías".*

b) **Participación del niño:** En este punto conviene transcribir el **Art. 12** de la **CDN** que establece: "*(1) Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. (2) Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional*". Este derecho del niño a ser escuchado debe respetarse en todo proceso donde estén involucrados sus derechos, especialmente los procesos de familia y los procesos penales de adolescentes. "*Deberá tomarse en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación este*".

c) **Proceso Administrativo:** en cuanto a este tipo de procesos la **OC-17** no profundiza demasiado en cuanto a las características o las garantías especiales que deben regir los procesos administrativos en los que se vean involucrados menores. Sin embargo ofrece algunos criterios generales, como por ejemplo que las medidas que se adopten deben tender a resocializar y reeducar al menor, que sólo excepcionalmente se haga uso de la medida privativa de la libertad y que las personas encargadas de aplicar medidas disciplinarias estén debidamente capacitadas para decidir lo que mejor convenga al interés superior del menor. En general, deben regir criterios de pertinencia y racionalidad, no debe existir una discrecionalidad demasiado amplia que se preste a la comisión de arbitrariedades. El **Juez Sergio García Ramírez** se refirió a este tipo de procesos y afirmó que: "*En este ámbito deben operar, incluso cuando se trate de meras infracciones, no de crímenes o delitos, la presunción de inocencia, la prueba a cargo de la autoridad, la provisión de abogado que ejerza la defensa desde el momento de la detención y presentación del sujeto -antes de que rinda cualquier declaración que pudiera comprometer su situación jurídica y determinar el resultado del procedimiento-, la información sobre los motivos de la detención y los derechos del detenido, el acceso al expediente que se forme, la posibilidad de utilizar recursos expeditos -particularmente los que conciernen a la tutela de los derechos fundamentales-, la celeridad del procedimiento y el acceso a la libertad provisional*"[149].

d) **Procesos judiciales:** la **OC-17** antes de entrar a considerar aspectos específicos de las garantías judiciales, nos da unas líneas generales y nos recuerda una serie de criterios que caracteri-

[149] CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

zan todo el conjunto de normas e instituciones encargadas de aplicar la justicia de menores. Por ejemplo, nos recuerda la necesidad de fijar la edad mínima para considerar imputable a un menor, la necesidad de que las conductas delictivas estén debidamente tipificadas en la ley y que se respete el principio de estricta legalidad penal en todos sus aspectos. *"El principio de legalidad penal implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños".*

También se reafirma el hecho de que los Estados tienen la obligación de crear órganos jurisdiccionales especializados para procesar a los menores que cometan hechos delictivos, distintos de los que intervienen en los procesos de adultos. La **CDN** contempla en su en su **Art. 40.3**: *"el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes".* Sobre este punto volveremos más adelante cuando analicemos el **Caso del Instituto de Reeducación del Menor.**

Con respecto a los menores en situación irregular o en situación de riesgo o en abandono, desvalimiento, miseria o enfermedad (comúnmente conocidos como "niños de la calle" y llamados de diversa manera en cada uno de nuestros países), la **CrIDH** ha sido enfática, tanto en esta **OC-17** como en su jurisprudencia relativa a casos contenciosos, en señalar que los mismos no pueden ser sujeto pasivo de acción penal por el simple hecho de vivir en una denominada "situación irregular". Esto **no es justificación suficiente para privarlos de la**

libertad. Al contrario, deben ser objeto de medidas especiales por parte del Estado que tiendan, como vimos, a procurarles un nivel de vida más digno y mayores oportunidades de superación. Tampoco pueden ser considerados delincuentes juveniles aquellos jóvenes que simplemente adoptan patrones de conducta distintos a los generalmente aceptados o que presentan conflictos de adaptación al medio familiar o escolar. "*El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos".* A este respecto las **Directrices de Riad** establecen: "*deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven"* (**Directriz 56**). En definitiva, cualquier actuación que afecte los derechos materiales o procesales del niño "*debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad*".

e) **Debido proceso**: Como mencionamos, las normas mínimas, básicas, esenciales del debido proceso son las consagradas en los tratados generales de **DIDH,** y por tanto también son derecho aplicable a esta materia los criterios jurisprudenciales vertidos por los tribunales de **DIDH** con motivo de la interpretación y aplicación de dichas normas. Esto es lo básico, sin embargo, hay normas específicas que son *lex specialis* en lo relativo a las reglas del debido proceso en materia de adolescentes, este *corpus iuris* a criterio de la **CrIDH** está conformado por: la **CDN**, las **Reglas de Beijing,** las **Reglas de Tokio** y

las **Directrices de Riad,** nosotros agregaríamos, también las **Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.** A continuación se presentan las principales consideraciones de la **OC-17** con respecto a *"diversos principios materiales y procesales cuya aplicación se actualiza en los procedimientos relativos a menores y que deben asociarse a los puntos examinados con anterioridad para establecer el panorama completo de esta materia".* En todos estos principios son aplicables las disposiciones pertinentes del **Art. 8** de la **CADH.** Veamos:

- **Juez natural:** este principio en esencia significa que el niño debe ser juzgado en la jurisdicción penal de menores y no por otra autoridad (así como las personas civiles no pueden ser juzgadas en fuero militar, por ejemplo). La **CrIDH** señala como referencia específica de este principio las **Reglas de Beijing** (**Reglas 6.1, 6.2 y 6.3**) a respecto el referido Tribunal comenta que. *"las mismas tratan varios aspectos importantes de una administración de una justicia de menores eficaz, justa y humanitaria: la necesidad de permitir el ejercicio de las facultades discrecionales en todos los niveles importantes del procedimiento, de modo que los que adoptan determinaciones puedan tomar las medidas que estimen más adecuadas en cada caso particular, y la necesidad de prever controles y equilibrios a fin de restringir cualquier abuso de las facultades discrecionales y salvaguardar los derechos del joven delincuente. La competencia y el profesionalismo son los instrumentos más adecuados para restringir el ejercicio excesivo de dichas facultades. Por ello, se hace especial hincapié en la idoneidad profesional y en la capacitación de los expertos como un medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de las facultades discrecionales en materia de delincuencia de menores".*

- **Doble instancia y recurso efectivo:** la **CDN** establece: "*Si se considerare que el niño ha infringido, en efecto, las leyes penales, esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley…* (**Art. 40.b v.**). En cuanto al recurso efectivo remitimos al lector al capítulo de este manual donde desarrollamos el derecho a la protección judicial (**Art. 25** de la **CADH**) ya que en materia de menores no hay cambios sustanciales en la aplicación del *habeas corpus* y el amparo. La única diferencia, a nuestro juicio, estaría en la prioridad y diligencia que debería dar la autoridad en resolver estas acciones cuando las mismas busquen la tutela de derechos de menores.
- **Principio de inocencia**: este principio está enunciado en la **CDN Art. 40.2 b. i.** y en las **Reglas de Tokio** las cuales establecen: "*Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales a la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de estos casos a fin de que la tramitación sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables*" (**Regla 17**). La presunción de inocencia de los menores, al igual que en el caso de los adultos, debe respetarse a lo largo de todo el proceso. Tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia abordan con frecuencia la presunción de inocencia desde el punto de vista de su relación con la apli-

cación de la prisión preventiva, y esto es así porque la forma más frecuente y más drástica de violar la presunción de inocencia es el abuso desmedido de la medida cautelar de la prisión preventiva. También la confidencialidad que debe regir en los procesos penales de adolescentes busca proteger este derecho de presunción de inocencia, al impedir que la identidad de los menores inculpados sea difundida y por ende éstos sean asociados a la comisión de los delitos por los que están siendo procesados.

- **La confesión de un menor:** a este respecto la **CrIDH** manifestó que: "*cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellas la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla… Además, debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración, en este caso el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración. Evidentemente, no se puede asignar a ésta eficacia dispositiva, cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos.* Es decir no se debe permitir acusar a un menor de perjurio, cuando actúe de testigo y de hecho no debería pedírsele a un menor que declare bajo juramento.
- **Principio de contradictorio**: aquí no hay mayores variantes, en esencia es el mismo derecho con que cuentan los adultos, que consiste en la posibilidad de aportar pruebas y de que éstas sean examinadas por el juzgador.
- **Publicidad del proceso:** esta es otra de las diferencias sustanciales con respecto a los procesos penales de adultos,

en los procesos de menores debe respetarse la privacidad del menor en todas las etapas del proceso, para evitar precisamente algún efecto estigmatizante que afecte su vida futura. Esto tiene su fundamento en la **CDN** (**Art. 40.2 b.**) y en las **Reglas de Beijing** (**Regla 8.1**). Como ya dijimos, esto pretende, en el supuesto de que sean víctimas de delitos sexuales, que no se conviertan en dobles víctimas por razón de un estigma social, y en el caso de que sean perpetradores de delitos buscar facilitarles su reinserción social tras el cumplimiento de la condena, pues se considera que los niños son más reformables que los adultos. Las estadísticas de reincidencia apoyan esta presunción.

- **Justicia Alternativa:** En términos generales, en los procesos penales de adolescentes existe más flexibilidad en las medidas que puede adoptar el juzgador, existen más opciones a la aplicación de la pena privativa de la libertad, existen otras posibilidades incluso para no someter al menor a un proceso penal o para suspender el mismo en determinadas circunstancias, en fin, una serie de figuras que permiten sustituir el mismo por otras medidas, por ende quien administre justicia penal de adolescentes debe estar debidamente calificado para determinar si alguna de estas medidas es más favorable al interés superior del menor. Esto tiene fundamento en la **CDN** (**Art. 40.3 b.**), las **Reglas de Beijing** (**Regla 11**), las **Directrices de Riad** (**Directriz 57**) y en general las **Reglas de Tokio**. A este respecto la **CrIDH** dijo que: "*Las normas internacionales procuran excluir o reducir la -judicialización- de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter… En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre* ***sin menoscabo de los de-***

> ***rechos de las personas***" (lo resaltado es nuestro). Destacamos esta parte de la cita porque debemos recordar que el hecho de que se tutele a los menores como grupo vulnerable y que se les respeten una serie de granarías adicionales cuando éstos sean sujeto pasivo de un proceso penal, NO IMPLICA que el **DIDH** deje en desprotección a las víctimas de los delitos que estos menores puedan cometer, por el contrario debe procurarse siempre la reparación del daño causado. La aplicación de estas medidas alternativas de diversa naturaleza debe darse siempre que no se desconozcan derechos de las personas. Porque los derechos humanos, como ya lo hemos reiterado hasta el cansancio en este manual, NO TIENEN como objeto y fin la defensa de los delincuentes en perjuicio de la colectividad, como insisten en sostener algunos insensatos.

También debe reconocerse a los niños, con las limitaciones razonables su derecho de **acceso a la justicia**, es decir, el derecho a accionar mediante de un representante, de oficio si es necesario, para la protección de sus derechos, pues si se limita esta facultad a que sólo los padres o tutores puedan accionar en nombre del niño este quedaría sin protección jurídica respecto a los casos en que estos actúen contra sus intereses. El **CDNONU** recomienda que la información relativa a los recursos disponibles para la protección de los derechos del niño debe estar disponible en un lenguaje sencillo y entendible para los niños[150]

Siguiendo con el examen del desarrollo jurisprudencial de los derechos del niño, que en esta ocasión hemos decidido hacerlo en estric-

---

[150] ONU, Committee On The Rights of the Child, General Comment Nº 5: General Measures of implementation of the Convention on the Rights of The Child, 2003.

to orden cronológico, luego de la **OC-17** llegamos al **Caso Bulacio**[151], en este caso, la **Corte Interamericana** se pronunció principalmente sobre los efectos nocivos que la detención arbitraria puede tener en los menores de edad, es decir, el sufrimiento se acentúa dada su condición. Por eso hay una serie de derechos que cobran especial importancia cuando se trata de casos de menores de edad, como el derecho a establecer comunicación con el exterior, con una tercera persona, sus padres o tutores; el derecho a ser comunicado de las razones de su detención; el derecho a ser tratado en forma consecuente con el respeto a la presunción de inocencia, el derecho a la atención médica eficiente, a que sea registrada su detención y que consten en ese registro todas las circunstancias inherentes a ella, la separación de los niños de los adultos, y la celeridad con que el Estado debe proceder en casos de detención de menores al momento de respetar estos derechos.

En cuanto a los deberes de cuidado que emanan de la posición de garante del Estado con respecto a las personas privadas de libertad en general y en especial cuando se trata de menores detenidos, la **CrIDH** dijo que: "*Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama su debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad".* Reitera la **Corte Interamericana** que: "*las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido".*

Se reitera una vez más el principio consagrado en diversos instrumentos internacionales y en la jurisprudencia constante de que la detención de un menor debe ser excepcional y por el periodo más

[151] CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre del 2003.

breve posible[152], debe ser la *ultima ratio.* Se condena la práctica de las detención masivas y sorpresivas (en Argentina llamadas "razzias", en otros países las redadas o batidas) porque son incompatibles, salvo caso de flagrancia, con el derecho a la presunción de inocencia y a no ser detenido sin una orden judicial, y con la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad. El **Juez Sergio García Ramírez** refiriéndose a estas formas de detención colectiva estimó que las mismas: "*…corresponden a la insostenible lógica de las imputaciones generales, independientemente de las responsabilidades individuales. Si la afectación de un derecho debe ser consecuencia de una infracción prevista en la ley, y la responsabilidad de la persona es estrictamente individual, los medios de coerción y cautelares deben fundarse, asimismo, en la realización de conductas previstas y proscritas por la norma general y en consideraciones individuales que establezcan el nexo claro y probado entre el sujeto infractor y la medida restrictiva de los derechos de éste*"[153].

Los siguiente dos casos, el **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri**[154] y el **Caso del Instituto de Reeducación del Menor,** vuelven sobre tema de la privación de libertad de menores pero haciendo mayor énfasis en las condiciones de detención. En el primer caso las víctimas, menores de edad fueron sometidas a detención arbitraria, torturados durante su detención y ejecutados extrajudicialmente, todos estos actos revisten especial gravedad cuando son infringidos a menores.

---

152 CDN (Art. 37.b), Reglas de Beijing (Reglas 13 y 19), y la CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

153 CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

154 CrIDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004.

En el **Caso del Instituto de Reeducación del Menor**[155], el Tribunal vuelve el reiterar la importancia de que el Estado asuma cuidados especiales para custodiar en su posición de garante los derechos de los niños privados de libertad y que toda actuación del Estado debe estar orientada por el principio del interés superior del menor. El más importante de los derechos que debe tutelar el Estado en su posición de garante es el derecho a la vida. En este sentido dijo la **CrIDH**: *"…la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión… En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar "en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño". El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra "desarrollo" de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, inter alia, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida".* Estrechamente ligado a su derecho a la vida, del que se desprende su derecho a permanecer en condiciones dignas de existencia, está su derecho a la integridad personal, el cual también se vería violado si estás condiciones empeoran de tal manera que puedan considerarse como trato cruel, inhumano o degradante, como por ejemplo estar recluidos en condiciones de hacinamiento, en celdas insalubres, sin camas, sin colchones, mala alimentación, pocas oportunidades para hacer ejercicio o actividades recreativas, la aplicación de métodos de castigo como

[155] CrIDH, Caso del "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre de 2004.

el aislamiento y amenazas de posibles castigos y la no separación de menores y adultos. Lo preocupante, haciendo un paréntesis, es que esta es la situación general de los centros de detención en muchos de los países de nuestra región.

La **CrIDH** profundiza en algunos aspectos de las condiciones de detención, como por ejemplo, la **supervisión médica** necesaria para el desarrollo del niño, la **educación** que requieren los niños, "*tanto en razón de la protección del derecho a la vida entendido en el sentido señalado anteriormente, como por la disposición del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales… Este incumplimiento del Estado causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, como ocurre en el presente caso, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida".* Y la **separación entre niños y adultos**, está última no puede ser utilizada siquiera como medio de castigo, la **CrIDH** estima que esta situación: "*exponía a los niños a circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad".* En conjunto, "*Estas medidas adquieren fundamental importancia debido a que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida".*

Otro de los temas principales que se discutió en este caso fue el relativo al deber del Estado, consagrado tanto en la **CDN** como en los instrumentos relativos a la administración de justicia de menores y reiterado por este Tribunal en la **OC-17**, de establecer leyes y organismos especializados para tratar los casos de menores en conflicto con la ley. En el presente caso la **CrIDH** condenó a Paraguay por

no tener dicho sistema penal especial para adolescentes durante un periodo de tiempo específico donde se procesaron una determinada cantidad de niños como adultos, luego de que dicho Estado estaba obligado a no hacerlo. Se enumeran en esta sentencia una serie de elementos que deben caracterizar a esta jurisdicción especial para niños, lo que refuerza lo ya expresado en la citada **OC-17**, veamos: "*1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales".* Todos ellos ya han sido mencionados anteriormente, pero transcribimos la cita jurisprudencial por su indudable valor esquemático y porque representa lo que la **Corte Interamericana** considera como los aspectos esenciales de esta jurisdicción especial.

Para terminar el análisis del **Caso del Instituto de Reeducación del Menor**, nos referiremos a los pronunciamientos de la **CrIDH** referentes a la aplicación de la medida cautela de la **prisión preventiva** a los menores de edad[156]. Por regla general la prisión preventiva debe

[156] Como bien afirma el Juez A. A. Cançado Trindade: "*En la práctica ésta se ha transformado en un verdadero flagelo que hoy victimiza a miles y miles de olvidados en las cárceles y centros de detención en todo el mundo…*" CrIDH, Caso del Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay, Voto Razonado del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

utilizarse solamente de forma excepcional, "*con mayor rigurosidad*" y cuando sea pertinente debe aplicarse por el periodo de tiempo más breve posible. La misma, al igual que el resto de las medidas cautelares y de coerción, debe organizarse conforme a los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad[157]. Deben existir otras medidas sustitutorias de la prisión preventiva, dichas medidas, a criterio de la **CrIDH**, pueden ser, entre otras: "*la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones*", para hacer esta enumeración la **CrIDH** tomó como referencia el **Art. 40.4** de la **CDN**. Incluso pudiera ser necesario crear otras subdivisiones dentro el grupo de menores que se encuentren recluidos en prisión preventiva, atendiendo a los problemas o la situación de cada subgrupo, en fin, estas medidas deberán tomarse como ya lo hemos reiterado atendiendo al interés superior del menor. Una de las razones fundamentales por las que se trata de evitar el uso de esta medida cautelar reside en la posibilidad de que el menor, que se presume inocente, pueda recibir influencias corruptoras durante el tiempo que dure la prisión preventiva al entrar en contacto con el ambiente criminoso de los centros de detención y además para evitar que sean víctimas de otros reclusos. Además de la disposición citada por el Tribunal, podemos mencionar como fundamento jurídico para el tema de la prisión preventiva de menores las siguientes fuentes específicas: **Reglas de Beijing** (**Reglas 13.1** a **13.5**), las **Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de Libertad** (**Reglas 17** y **18**), la **CDN** (**Arts. 37 a.** y **b., 40 b. i.**, y **40.4**).

---

[157] CrIDH, Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

E. La Doctrina Minorista de la Situación Irregular o Doctrina Tutelar y la Doctrina de la Protección Integral

No podemos cerrar esta sección de los derechos del niño sin referirnos aunque sea brevemente (pues no es la función de este Manual referirse *in extenso* a este tema), a las dos doctrinas o escuelas, que han predominado en América Latina en lo referente a la justicia penal de adolescentes. La jurisprudencia de la **Corte Interamericana**, incluyendo la propia **Opinión Consultiva 17**, no hace referencia expresa a ninguna de estas dos escuelas o doctrinas, sino que se dedica a señalar e interpretar una serie de derechos tanto sustantivos como procesales que tienen los niños y una serie de principios como por ejemplo el del interés superior del menor, que deben ser respetados por los Estados y que naturalmente también comportan una serie de obligaciones para este último. Es que en definitiva los Estados son libres de adoptar o estructurar su sistema penal con las características que mejor estimen convenientes, siempre y cuando se ajusten a los parámetros generales que orden los instrumentos del *corpus iuris* de derechos del niño y que ya hemos visto. Pasemos entonces a ver el concepto de cada una de estas escuelas o doctrinas.

a) La Doctrina Tutelar o de la Situación Irregular: en un principio se juzgaban por igual tanto a los adultos como a los adolescentes, es decir no había separación alguna. En este contexto surgió durante la primera mitad del Siglo XX, la doctrina tutelar o de la situación irregular la cual representó un avance cualitativo al establecer una edad debajo de la cual los infractores no podrían ser juzgados como adultos, es decir se sacó a los menores de edad del ámbito de la justicia para adultos delincuentes. En consecuencia se les aplicaba otro procedimiento distinto, con autoridades distintas y en algunos casos cabía la posibilidad de que las consecuencias jurídicas de las infracciones fuesen distintas también. Esto supuso, al menos en principio, que las

autoridades tomaron conciencia de las consecuencias nefastas que la aplicación de la justicia ordinaria ejercía en los menores. A este respecto el **Juez Sergio García Ramírez** dijo en su **Voto Concurrente Razonado** de la **OC- 17**, al que haremos referencia en más de una ocasión, que: *"la extracción de la justicia penal tuvo como efecto el establecimiento de jurisdicciones "paternales o tutelares" fundadas en la idea de que el Estado releva a los padres o tutores en el desempeño de la patria potestad o tutela, y asume las funciones de éstos con el alcance y las características que regularmente poseen"*[158].

Lo esencial de esta doctrina fue la creación de un marco jurídico e institucional que permitió al Estado intervenir y disponer de aquellos "menores" que incurrían en conductas delictivas o, y esto fue lo más preocupante, que simplemente se encontraban en lo que podía ser catalogado por las autoridades Estatales como "situación irregular". Como ya hemos visto, es un imperativo del derecho penal de adolescentes que **éstos sólo pueden ser objeto de acción penal por conductas tipificadas como delitos**, de acuerdo al principio de estricta legalidad penal o sujetos a sanciones administrativas por la infracción de normas administrativas también contempladas en la ley, de modo que no haya una aplicación arbitraria del poder punitivo del Estado. Para el Estado cualquiera de las siguientes circunstancias podía ser considerada como situación irregular: estado de abandono, mendicidad, la no asistencia a centros educativos, adicción a las drogas o alcohol, las conductas delictivas en general, o incluso el hecho de que el menor fuera víctima de abusos o falta de atención de cuidados de quien tenía la obligación de proveérselos y **cualquier otra situación que a juicio del Juez constituía situación de riesgo**.

158 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

Entre las principales consecuencias negativas que este sistema trajo, podemos mencionar, siguiendo al **Juez García Ramírez**: (1) La extraordinaria flexibilidad en la determinación de las conductas que pueden considerarse de riesgo y por ende facultar a la autoridad para intervenir, esto *"llevó a reunir dentro del mismo marco de atención, acción y decisión los hechos penalmente típicos y aquellos que no lo eran…"*[159], cuando estos últimos debieron ser abordados desde otra perspectiva y por otros organismos especializados para tal fin, como psicólogos, trabajadores sociales entre otros. (2) Al asumir el Estado funciones inherentes de los padres o tutores, privó a estos de algunos de sus derechos del estatuto familiar. (3) Se minimizó la intervención del menor y de sus padres en el proceso, así como también **se suprimieron muchas garantías judiciales propias del derecho común,** es decir no se respetaron las normas del debido proceso a que toda persona tiene derecho y que están consagradas tanto en los tratados de **DIDH** como en las normas constitucionales en general. (4) Quisiéramos agregar una más, y es que como dicen algunos autores: *"Se produce la judicialización de los problemas sociales y se criminaliza la pobreza como fórmula de solucionar a la incapacidad de los responsables de la atención de los grupos vulnerables, con respuestas en la institucionalización y segregación de los -menores- con efectos que alcanzan la pérdida hasta de su identidad"*[160]. Esto es especialmente grave, pues además de no respetarse los **DESC**, esta situación constituye una violación constante de diversos derechos como el derecho a la libertad personal, a la integridad personal y a la igualdad ante la ley. Como señala el referido Magistrado de la **CrIDH**, estos y otros problemas demandaron un cambio en el paradigma de la justicia penal

159 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

160 UNICEF y ÓRGANO JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ-ESCUELA JUDICIAL, *Fundamentos y principios del derecho penal de adolescentes (Primer módulo instruccional),* Panamá 1999, p.14.

de adolescentes, y esa reacción se dio desde *"diversas trincheras"… "Una, muy relevante, fue la jurisprudencia: del mismo modo que ésta entronizó con fuerza la doctrina de parens patria, acudiría a demoler las soluciones entroncadas con ésta y a instituir un régimen nuevo y garantista En los Estados Unidos, una famosa resolución de la Suprema Corte, del 15 de mayo de 1967, In re Gault, imprimió un viraje en el sentido que luego predominaría, restituyendo a los menores ciertos derechos esenciales: conocimiento de los cargos, asistencia jurídica, interrogatorio a testigos, no autoincriminación, acceso al expediente e impugnación. La reacción dio origen a un sistema distinto, que se suele conocer con el expresivo nombre de "garantista". Esta calificación denota el retorno de las garantías -esencialmente, derechos del menor, así como de sus padres- al régimen de los niños infractores"*[161]. Además, de lo anteriormente señalado es obvio que la evolución del **DIDH** en general y de los derechos del niño en particular también ha contribuido a que a nivel global vaya dándose el tránsito a la doctrina "garantista" de la protección integral. En esencia representa el respeto de las garantías judiciales del menor dentro de los procesos penales.

b) La Doctrina de la Protección Integral: esta doctrina que se apoya en una interpretación sistemática de la **CDN** y de todo aquel *corpus iuris* de tratados de justicia penal de adolescentes a los cuales hemos venido haciendo referencia, en términos generales: *"Formula un marco jurídico y social del proceso que conduce a la protección integral de la niñez y la adolescencia con dos perspectivas definidas: una protección de orden jurídico y una protección de orden social; reconociendo para esta categoría de personas* (los niños)*, la de sujetos de derecho con capacidad para ejercerlos, atendiendo el nivel de desarrollo evolutivo de su personalidad e integrándose como miembros de*

161 CrIDH, Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

una comunidad..."[162]. Es decir, esta doctrina, no limita sus ámbitos de acción a los procesos penales, sino que incluye toda una serie de medidas que el Estado debe adoptar en favor de los menores, las cuales incluyen incluso, en un sentido amplio, aquellas que sean necesarias para mejorar sus condiciones sociales y jurídicas, y en definitiva, procurar su pleno desarrollo. De esta forma trata de dar respuestas sociales y económicas a los problemas de esta naturaleza y no criminalizar los problemas sociales. "*En el orden social, la protección va dirigida a la satisfacción de las necesidades básicas requeridas para el óptimo y armónico desarrollo de la personalidad del niño, consideradas éstas como sus derechos y garantías fundamentales, en su condición de sujetos de derecho*"[163]. Si bien el Estado es el primer responsable en la formulación de políticas públicas en este sentido, también los organismos, las instituciones y la sociedad civil, deben colaborar.

En su dimensión jurídica en general, esta doctrina implica el reconocimiento de los menores como sujetos de derechos, según su grado de crecimiento y desarrollo (con sus correlativos deberes) y no como simples objetos de protección. En un sentido más restringido, específicamente en el ámbito de la justicia penal de adolescentes, esta doctrina implica en esencia, el respeto del principio de estricta legalidad penal y el respeto del derecho al debido proceso y de las consiguientes garantías judiciales que este conlleva. También implica el reconocimiento de que el proceso penal y más aun la aplicación de la penas privativas de la libertad deben ser efectivamente la *ultima ratio*, por lo que las leyes penales de adolescentes deben contener otra serie respuestas a las infracciones cometidas por los menores y sobre todo a aquellas conductas que no son tipificadas como delitos. Y por

[162] UNICEF y ÓRGANO JUDICIAL DE LA REÚBLICA DE PANAMÁ-ESCUELA JUDICIAL, o.c., p. 30.

[163] UNICEF y ÓRGANO JUDICIAL DE LA REÚBLICA DE PANAMÁ-ESCUELA JUDICIAL, o.c., p. 34.

supuesto, el imperativo de que el principio del interés superior del menor sea el que oriente la aplicación de todo este sistema.

Podemos señalar como rasgos centrales de esta doctrina: (1) El reconocimiento del niño como sujeto de derechos y no sólo como objeto de protección. (2) El reconocimiento de que los niños son seres completos en todas sus etapas de desarrollo y crecimiento. (3) Los problemas sociales como la pobreza, el abandono y la mendicidad de los niños, deben ser objeto de políticas públicas y no de persecución penal. (4) El respeto al principio de legalidad penal y de las garantías judiciales propias del debido proceso, de aquellas que son generales, y que coinciden con las aplicadas a los procesos de la jurisdicción ordinaria, y de aquellas garantías judiciales que son propias y especiales de los procesos penales de adolescentes (como el respeto de la reserva sobre la identidad de los imputados). De esta forma, al estar el juzgador orientado por un marco jurídico específico se evitan una serie de arbitrariedades y abusos. (4) La posibilidad de respuestas a las conductas delictivas e infractoras de los menores distintas a los procesos penales, y que estas otras respuestas o posibilidades sean decretadas tomando en cuenta las necesidades y la situación particular del menor. (5) Naturalmente, la aplicación plena del principio del interés superior del menor.

V- Grupos Indígenas y Tribales

A. Principales documentos internacionales

- Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales[164] y su Recomendación 104.

[164] OIT, Convenio 107 Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, Adoptado el 26 de junio de 1957 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su cuadragésima reunión, entrado en vigor el 2 de junio de 1959. La Recomendación 104 fue aprobada en la misma conferencia.

- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales[165].
- El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante Proyecto de Declaración Americana)[166].
- El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas (en adelante Proyecto de Declaración de la ONU)[167].

Realmente los pueblos indígenas no han estado protegidos de manera específica como grupo diferenciado por ninguno de los principales instrumentos generales de derechos humanos, ni del **SUPDH** ni del **SIPDH**. Si bien es cierto que reciben la protección propia que recibe cualquier persona por el hecho de serlo, no hay disposiciones específicas en estos documentos que traten de los derechos propios de su condición de indígenas (como sí las hay por ejemplo en el caso de los niños p.ej. el **Art. 19** de la **CADH**.

La protección que se le ha dado por mucho tiempo a este grupo ha tenido su fundamento principalmente en las normas y tratados relativos a la **prohibición de la discriminación** y a la **protección de las minorías.** Aunque, esta aproximación a los derechos de los pueblos indígenas, como diría **Carlos Ayala Corao**: *"…si bien ha sido en algunas ocasiones el único mecanismo existente, constituye un enfoque incompleto, reduccionista y por tanto inadecuado… desconoce*

---

165 OIT, Convenio 169 Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, Adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima séptima reunión, entrado en vigor el 5 de septiembre de 1991.

166 CIDH, Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su nonagésimo quinto periodo de sesiones el 26 de febrero de 1997.

167 ONU, El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, Redactado por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en 1995

la naturaleza y complejidad de los pueblos indígenas… En efecto, los pueblos indígenas configuran una historia, y unas culturas, lenguas, diversidades étnicas, cultos o religiones, técnicas ancestrales, tradiciones artísticas, instituciones propias, regímenes jurídicos y de administración de justicia, territorios y hábitat… los derechos de los indígenas tienen una doble dinámica simultánea consistente en la interconexión entre los derechos individuales y los colectivos"[168]. De ahí que desde diversos frentes se han estado llevando a cado esfuerzos por crear lo que sería un *corpus iuris* de derechos indígenas. Dicho cuerpo legal, a nuestro criterio no está totalmente configurado, aunque algunos doctrinarios de opinión muy respetada afirmen lo contrario.

El primer instrumento internacional relevante[169] que se ocupó específicamente del tema de los derechos de los pueblos indígenas fue el **Convenio 107** de la **Organización Internacional del Trabajo**, el mismo tiene el mérito de representar el primer esfuerzo serio de la Comunidad Internacional por tratar este tema, sin embargo adolece del defecto de ser predominantemente asimilacionista, es decir, está inspirado en la idea de que los pueblos indígenas mejorarán su condiciones de existencia en la medida en que sean asimilados al resto de la población, la cual pudiera considerarse "civilizada"[170]. Este **Convenio 107** ha sido clasificado por la propia **OIT** dentro de la clasifica-

---

168 CIDH, Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Personas y Pueblos Indígenas en las Américas, Presentación, Carlos M. Ayala Corao, Relator Especial de los Pueblos Indígenas (1996/1999).

169 Decimos relevante porque anteriormente se habían dado algunos esbozos jurídicos de protección a estos grupos, por ejemplo el Art. 39 de la Carta Interamericana de Garantías Sociales, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, dicho artículo era bastante abarcador y tenía una buena proyección, sin embargo era, como dijimos, un esbozo jurídico apenas, incluso utilizaban expresiones hoy superadas como la de "indio".

170 De hecho la "asimilación" es expresamente rechazada por el Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas (Art. V.1) y por el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas (Art. 7.d).

ción de "instrumentos que ya han sido superados"[171]; fue revisado en 1989 por el **Convenio 169** (Ver **Preámbulo** "Considerando" y **Art. 36**)**,** este último instrumento es mucho más progresista, proteccionista y respetuoso de la autonomía e identidad de estos pueblos, de sus aspiraciones e incluso más consecuente con sus propias características y naturaleza como grupo humano. Además ha tenido muchísima mejor aceptación en la Comunidad Internacional en general y en los Organismos Internacionales de Protección de Derechos Humanos en particular, y sobre todo ha tenido mejor aceptación entre los pueblos indígenas que el **Convenio 107**. Aunque el **Convenio 169** representa un **claro avance** con respecto a su predecesor, el mismo sigue teniendo algunos puntos un tanto débiles en temas esenciales, algunos plantean que el **Convenio 169** reconoce primordialmente derechos procesales más que derechos sustantivos, con respecto a los procedimientos y la manera como Estado debe manejarse en su relación con los pueblos indígenas. Aunque reiteramos, constituye un claro avance en desarrollo del derecho indígena, prueba de ello es que el mismo ha sido utilizado como instrumento interpretativo por organismos como la **Comisión Interamericana**.

A nivel general, un hito importante en el desarrollo de los instrumentos indígenas lo marca la **Declaración de Viena** de 1993, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, "*Allí el movimiento indígena logró que se separara su declaración de derechos (Art. 20) de la de los derechos de las minorías (Art. 19), obteniendo así especificidad propia y diferenciada*"[172].

---

171 Sin embargo, su recomendación, la R. 104 sigue estando catalogada dentro de la clasificación de "instrumentos actualizados".

172 CIDH, Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Personas y Pueblos Indígenas en las Américas, Presentación, Carlos M. Ayala Corao, Relator Especial de los Pueblos Indígenas (1996/1999).

Como consecuencia de lo anterior y de todo el desarrollo universal de la materia, vemos que tanto el **SIPDH** como el **SUPDH**, cuenta con su respectivo **Proyecto de Declaración** de Derechos de los Pueblos Indígenas. Estos documentos son orientadores y muy útiles, desafortunadamente los mismos no han sido aprobados (al momento de la redacción de este Manual) por ninguno de los organismos políticos de sus respectivas organizaciones, es decir, las **Asambleas Generales** tanto de la **OEA** como de la **ONU**, en uno y otro caso. Por ende, no tienen aún el rango de instrumento internacional como tal, ni siquiera de naturaleza declarativa. Esto sin perjuicio de que, al menos, en el caso del Proyecto de Declaración Americana, la misma sí ha sido utilizada como una referencia más que doctrinal por la propia **Comisión Interamericana,** y en algunos casos por **Jueces** de la **Corte Interamericana** en sus **Votos Separados**[173]**.** También debemos destacar el aporte de importantes organismos independientes como el **Instituto Indigenista Interamericano**, con sede en la ciudad de México y cuyas operaciones se remontan a 1941.

B. Razón de su Diferenciación

No hace falta hacer mayores abstracciones intelectuales para llegar a la conclusión de que los pueblos indígenas han sido objeto de innumerables e innombrables atrocidades. Han sido expulsados de sus tierras, esclavizados, masacrados, ridiculizados, discriminados, sus religiones anatemizadas y su cultura en general menoscabada, todo esto a lo largo de los últimos quinientos años. Como diría **Carlos Ayala Corao**: *"En el hemisferio americano habitan más de 40 millones de personas que se identifican como integrantes de pueblos indígenas, y se calculan en no menos de 400 las etnias y pueblos que los*

[173] Por ejemplo el Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de Fondo del Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Sentencia de Fondo de 31 de agosto de 2001.

agrupan. En términos generales, y particularmente en Latinoamérica, los indígenas son los pobres entre los pobres y los excluidos entre los excluidos, es decir los más pobres y excluidos de nuestras sociedades"[174]. En consecuencia el **Proyecto de Declaración Americana** establece: *"Preocupados por la frecuente privación que sufren los indígenas dentro y fuera de sus comunidades en lo que se refiere a sus derechos humanos y libertades fundamentales; así como del despojo a sus pueblos y comunidades de sus tierras, territorios y recursos; privándoles así de ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de acuerdo a sus propias tradiciones, necesidades e intereses"* (**Preámbulo .2**)[175]. De esta forma consideramos que no hacen falta mayores argumentaciones para sustentar la necesidad de establecer una protección jurídica específica para este grupo.

C. Ámbito de Aplicación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas

Tomando en cuenta tanto el **Convenio 169** como el **Proyecto de Declaración Americana,** se consideran protegidos:

a) **Los pueblos indígenas** (**Proyecto de Declaración Americana, Art. I.1**), a los que el **Convenio 169** considera en un sentido más amplio como: *"los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su condición jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas"* (**Art. 1.1 b.**). Es decir, los que consideramos como indígenas en sentido amplio.

---

174 CIDH, Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Personas y Pueblos Indígenas en las Américas, Presentación, Carlos M. Ayala Corao, Relator Especial de los Pueblos Indígenas (1996/1999).

175 Así mismo encontramos reconocimientos de este tipo en los Preámbulos tanto del Convenio 169 de la OIT, como en el Proyecto de Declaración de la ONU.

b) **Otros pueblos,** que reúnan dos condiciones fundamentales: primero que sus condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y segundo que estén regidos en todo o en parte por un ordenamiento jurídico distinto de aquel que rigen en el resto del Estados o los Estados donde se encuentren. Así lo establece el **Convenio 169** (**Art. 1.1 a.**) y el **Proyecto de Declaración Americana** (**Art. I.1**).

D. Derechos Especiales

A diferencia de lo que ocurre con algunos de los otros grupos diferenciados que hemos visto anteriormente, los documentos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales, sí contemplan una gran serie de derechos específicos, de los cuales pasaremos a comentar aquellos que consideramos más relevantes y a los que los organismos internacionales les han dedicado mayor atención.

D.1. Derechos Sobre las Tierras

Los pueblos indígenas y tribales tienen un vínculo especial con las tierras que ocupan, no solo por ser éstas necesarias para su subsistencia, sino por factores culturales especiales, así ha dicho la **CrIDH** que: "*La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural*"[176].

[176] CrIDH, Caso de la Comunidad Yayke Axa v. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.

La **CIDH** también ha tocado este punto, al referirse al reconocimiento internacional de estos derechos y ha señalado que: "*este reconocimiento se ha extendido al reconocimiento de la existencia de una conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección. La Comisión ha observado, por ejemplo, que la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas, y que ese control de la tierra refiere a la vez a su capacidad de brindarle recursos para el sustento y al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo*"[177].

En virtud de dicho vínculo se reconoce a favor éstos una serie de derechos sobre las tierras que ocupan, entre estos podemos mencionar:

a) El derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.
b) El derecho de acceso a otras tierras que no ocupen exclusivamente pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para realización de sus actividades tradicionales (p. ej. cultos religiosos) o de subsistencia (p. ej. caza y pesca).
c) Derecho a beneficiarse de los recursos naturales existentes en sus tierras así como de participar en su utilización, administración y conservación.

[177] CIDH, Caso de las Hermanas Mary and Carrie Dann, Informe de Fondo Nº 75/02 del 27 de diciembre del 2002.

d) Derecho a recibir indemnización justa por los daños que la explotación por parte del Estado de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras pudiera ocasionarles[178].
e) Derecho a no ser forzados a abandonar sus tierras sin justa causa.
f) Derecho a regresar a sus tierras cuando desaparezcan las causas que justificaban el desplazamiento o de no poder regresar a ser indemnizados con tierras de similar valor para la producción, o de manera pecuniaria a elección de los pueblos.

Debemos empezar por señalar, que el concepto de propiedad para la mayoría de las comunidades indígenas y tribales es un concepto de propiedad colectiva comunitaria distinto del concepto de propiedad privada que se maneja en la cultura dominante occidental, al respecto nos dice la **CrIDH** que: "*los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado*"[179].

La **CrIDH** reconoció por primera vez este derecho en el **Caso Mayagna Awas Tigni**, donde señalo que: "*Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación*

[178] Por ejemplo los recursos del subsuelo sobre los cuales muchos Estados se reservan en sus constituciones la propiedad.
[179] CrIDH, Caso de la Comunidad Yayke Axa v. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.

con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"[180].

En ese mismo caso la **CrIDH** también estableció que para la satisfacción de este derecho no basta con su reconocimiento teórico en un tratado internacional o en el derecho interno, es también una obligación estatal el crear los procedimientos mediante los cuales puedan los pueblos hacer efectivos, en la práctica, estos derechos. Estos procedimientos deben ajustarse a los estándares del **DIDH** que expusimos en el apartado sobre el derecho a un remedio efectivo.

De igual manera en ese caso la **CrIDH** manifestó que mientras no se de una demarcación y titulación clara que dé a los pueblos certeza jurídica sobre el alcance de sus derechos y el límite de éstos respecto a los derechos de otros pueblos o de otros individuos no se encuentra satisfecho este derecho. El precitado tribunal retomó este criterio en el caso **Yayke Axa** en el que señaló que: "*el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad*"[181].

En cuanto a los casos en que exista causa justa para obligar a los indígenas a abandonar sus tierras se deberán aplicar respecto a estos todas las reglas generales contenidas en el acervo internacional respecto a los casos de desplazamientos internos, pero además se deberá contemplar también el vinculo especial de estos con sus tierras. Es-

[180] CrIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicaragua, Sentencia de Fondo de 31 de agosto de 2001.

[181] CrIDH, Caso de la Comunidad Yayke Axa v. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.

pecialmente en el caso de que no les vaya ser posible a éstos regresar a sus tierras y fijarse una indemnización, las tierras nuevas que se den para la recolocación deberán ser útiles para los mismos fines de producción y supervivencia para los que los pueblos desplazados utilizaban sus antiguas tierras. En el supuesto de que se vaya a dar una indemnización pecuniaria la misma no deberá tomar en cuenta solo el valor comercial o productivo de las tierras sino además el significado de las mismas para el pueblo desplazado según su cultura.

Debemos advertir, pese todo lo señalado, que este derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras no es de carácter absoluto, ni implica *prima facie* una primacía sobre los derechos de terceros. Así al referirse la **CrIDH** al hecho de que en ocasiones deba primar el interés colectivo de los pueblos indígenas sobre determinados intereses particulares, advirtió que: "*Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros*"[182].

Respecto al alcance de este derecho todavía hay muchos puntos en discusión. Principalmente porque el **Convenio 169** y los proyectos de declaración no dan una definición exacta de lo que debe entenderse por "ocupación tradicional". Queda dentro de un área gris si sólo la "propiedad ancestral", es decir la que se fundamenta en una ocupación que data desde los tiempos precolombinos es la única protegida, o si también se reconoce a los pueblos indígenas derechos sobre nuevas tierras, que por motivo de desplazamientos hayan llegado a ocupar. De ser afirmativo el segundo supuesto queda la duda de cuanto tiempo debe durar una ocupación para considerarse tradicional. Por

[182] CrIDH, Caso de la Comunidad Yayke Axa v. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.

otro lado, se plantea la duda de si estos derechos sobre las tierras, implican solo el derecho a pedir la titulación de las tierras que se ocupan o incluyen un derecho a reivindicar tierras tradicionales de las que hayan sido desplazados por cualquier motivo los pueblos. En cuanto al segundo supuesto se ha reconocido el derecho a los indígenas a reivindicar tierras de las que han sido recientemente desplazados, pero queda la duda de si existe un derecho a pedir indemnización por los desplazamientos que ocurrieron durante la época de la colonización o a reivindicar las tierras ancestrales que les fueron quitadas a los pueblos en dicha época. Esperamos que al consolidarse el *corpus iuris* de derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales se den respuestas claras a estas interrogantes.

D.2. Derecho al Autogobierno

Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a conservar sus propias instituciones y autoridades y a que el Estado haga un reconocimiento oficial de las mismas, de esta forma el Estado realiza una delegación de sus poderes y facultades en las autoridades tradicionales de los pueblos. Este derecho también implica la obligación estatal de abstenerse de interferir en los asuntos internos de la Comunidad salvo circunstancias muy excepcionales. El reconocimiento de este derecho a nuestro juicio no implica que el Estado queda exento de responsabilidad por las acciones de estas autoridades tradicionales puesto que al Estado delegar poderes en éstos también adquiere la obligación de vigilarlos y responder por los abusos que pudieran llegar a cometer.

D.3. Derecho al Reconocimiento y Respeto de las Diferencias Sociales y Culturales

Este derecho implica la obligación Estatal de tomar siempre en cuenta las condiciones y características sociales y culturales de los

pueblos indígenas a la hora de aplicar cualquier medida que pudiera afectarles. Al respecto nos dice la **CrIDH** que: "*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*"[183].

Este derecho también implica la obligación Estatal de tomar en cuentas dichas condiciones y características especiales en los casos en que vayan ser tomadas medidas de tipo individual respecto a miembros de comunidades indígenas o tribales, por ejemplo en los juicios de sucesión o en los juicios penales. Como ejemplo de esto vemos que el **Convenio 169** y los **Proyectos de Declaración** llaman la atención a que se debe preferir en casos penales cuando sea posible el aplicar a los miembros de comunidades indígenas medidas distintas a la privación de la libertad personal, pues dicha medida tiene un efecto y connotación distinto para ellos que para las personas de la cultura predominante.

Podemos ver ejemplos de cómo se debe incorporar las características de los pueblos indígenas y tribales en la toma de decisiones judiciales en el **Caso Aloebotoe y Otros v. Suriname** en que la **CrIDH** tomo en cuenta la naturaleza poligámica que tenía la familia dentro del pueblo tribal para determinar que todas las esposas de las víctimas tenían derecho a recibir reparaciones y en el **Caso Moiwana v. Suriname** en que la **CrIDH** valoró la cultura del pueblo en cuestión para determinar que existía una violación del derecho de libertad de circulación.

---

[183] CrIDH, Caso de la Comunidad Yayke Axa v. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.

D.4. Derecho a un Sistema Jurídico Propio

Se reconoce a los pueblos indígenas y tribales el derecho a conservar sus propias instituciones jurídicas y a aplicar sus propios métodos de represión de delitos y medidas para la conservación de la paz dentro de la comunidad. El límite de este derecho es el respeto a los derechos fundamentales, sin embargo se debe entender en este caso a los derechos fundamentales vistos no bajo su concepción común sino dentro del contexto cultural de la comunidad[184].

El fundamento filosófico de este derecho es que cuando una persona escoge libremente formar parte de una comunidad indígena y por lo tanto se acoge a la protección especial que ser miembro de la comunidad conlleva, se obliga también a cumplir con las normas tradicionales de la comunidad y a aceptar los castigos que dentro del sistema jurídico indígena conlleva la trasgresión de dicha normativa. Este fundamento sin embargo puede ser discutible en algunos supuestos. P. Ej. En el Caso de los niños que forman parte de la comunidad difícilmente se podría afirmar que han tomado una decisión libre y conciente de pertenecer a la misma.

D.5. Derecho al Reconocimiento de la Personería Jurídica de la Comunidad

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad no aparece reconocido como tal en el **Convenio 169** ni tampoco puede derivarse del derecho humano básico al reconocimiento de la personalidad jurídica pues dicho derecho se refiere al reconocimiento de la personalidad jurídica individual. Sin embargo la **CrIDH**

[184] P. Ej. Véase la Sentencia SU-510/98 del Tribunal Constitucional Colombiano relativa a la aplicación de la pena del fuete en la Comunidad de Páez.

ha señalado que: *"La Corte considera que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas"*[185]. Consideramos que en muchos casos el reconocimiento de la personería jurídica de la comunidad puede ser indispensable como elemento instrumental necesario para la satisfacción de los demás derechos humanos reconocidos a los pueblos indígenas.

[185] CrIDH, Caso de la Comunidad Yayke Axa v. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.

Bibliografía

I- Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

A- Instrumentos Internacionales

- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
- Convención sobre el Estatuto de Apátridas
- Convención sobre el Estatuto de Refugiados
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer
- Convención para Reducir los Casos de Apatridia
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios
- Declaración de Compromiso en la Lucha Contra el VIH/SIDA
- Declaración de los Derechos de los Impedidos
- Declaración de los Derechos del Niño
- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental
- Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer
- Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado
- Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad
- Declaración sobre Asilo Territorial
- Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven
- Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
- Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social

- Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas o Lingüísticas
- Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición
- Declaración y Programa de Acción de Viena
- Directrices de las Naciones para la Prevención de la Delincuencia Juvenil "Directrices de Riad"
- Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura
- Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados
- Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos
- Principios Rectores de los Desplazamientos Internos
- Programa de Acción Mundial para los Impedidos
- Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental
- Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, Especialmente los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía
- Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

- Recomendación sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad
- Reglas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad "Reglas de Tokio"
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos
- Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia de Menores "Reglas de Beijing"
- Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte

B- Documentos Interpretativos Emitidos por los Respectivos Organismos de Supervisión de Tratados de la ONU (Treaty Bodies)

B.1. Comentarios Generales adoptados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (establecido en virtud de la Resolución 17/1985 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas-ECOSOC):

- General Comment No. 2: International technical assistance measures, 1990
- General Comment No. 3: The nature of States parties´ obligations, 1990
- General Comment No. 4: The right to adequate housing, 1991
- General Comment No. 5: Persons with disabilities, 1994
- General Comment No. 6: The economic, social and cultural rights of older persons, 1995

- General Comment No.7: The right to adequate housing, forced evictions, 1997
- General Comment No. 9: The domestic application of the Covenant, 1998
- General Comment No. 13: The right to education, 1999
- General Comment No. 14: The right to the higuest attainable standard of health, 2000
- General Comment No. 15: The right to water, 2002

B.2. Comentarios Generales Adoptados por el Comité de Derechos Humanos (Instituido por el Art. 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos):

- General Comment No. 6: Right to life, 1982
- General Comment No. 7: Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 1982
- General Comment No. 8: Right lo liberty and security of persons, 1982
- General Comment No. 13: Administration of justice, 1984
- General Comment No. 14: Right to life, 1984
- General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, 1986
- General Comment No. 16: Right to privacy, 1988
- General Comment No. 17: Rights of the child, 1989
- General Comment No. 18: Non-discrimination, 1989
- General Comment No. 19: The family, 1990
- General Comment No. 20: Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 1992
- General Comment No. 21: Humane treatment of persons deprived of their liberty, 1992

- General Comment No. 22: Freedom of thought, conscience or religion, 1993
- General Comment No. 25: Participation in public affairs and right to vote, 1996
- General Comment No. 27: Freedom of movement, 1999
- General Comment No. 28: The equality of right between men and women, 2000
- General Comment No. 31: the nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, 2004

B.3. Recomendaciones Generales Adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Instituido por el Art. 8 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial):

- General Recommendation XV: On article 4 of the Convention

B.4. Recomendaciones Generales Adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Instituido el Art. 17 de Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer):

- General Recommendation No. 5: Temporary special measures, 1988
- General Recommendation No. 14: Female circumcision, 1990
- General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992
- General Recommendation No. 21: Equality in marriage and family relations, 1994

- General Recommendation No. 25: Temporary special measures, 2004

B.5. Comentarios Generales Adoptados por el Comité de los Derechos del Niño (Instituido por el Art. 43 de la Convención de los Derechos del Niño):

- General Comment No. 4: Adolescent health and development in the context of the Convention on The Rights of the Child, 2003
- General Comment No. 5: General measures of implementation of the Convention on the Rigths of the Child, 2003

II- Otros Tratados y Documentos Adoptados por la Organización de Naciones Unidas

- Clasificación Internacional Normalizada de la Educación (CINE)
- Convención de Viena sobre el Derecho de lo Tratados
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares
- Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de la Propiedad Ilícita de Bienes Culturales
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo
- Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio
- Estatuto de la Corte Penal Internacional "Estatuto de Roma"
- Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados
- Protocolo para Modificar la Convención sobre la Esclavitud

- Proyecto de Texto Definitivo de los Elementos de los Crímenes

III- Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

- Case of Nottebohn (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6 of 1955
- Case of Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase), Judgment of February 5 of 1970.

IV- Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

A- Instrumentos Internacionales

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Pará"
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte
- Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

B- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

B.1. Casos Contenciosos (en orden cronológico):

- Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988
- Caso Godínez Cruz, Sentencia de Fondo de 20 de enero de 1989
- Caso Aloeboetoe y Otros v. Suriname, Sentencia de Reparaciones del 10 de septiembre de 1993
- Caso Gangaram Panday v. Suriname, Sentencia de Fondo de 21 de enero de 1994
- Caso Neira Alegría y Otros, Sentencia de Fondo de 19 de enero de 1995
- Caso Genie Lacayo v. Niaragua, Sentencia de Fondo de 29 de enero de 1997
- Caso Loayza Tamayo v. Perú, Sentencia de Fondo de 17 de septiembre de 1997
- Caso Castillo Páez v. Perú, Sentencia de Fondo de 3 de noviembre de 1997
- Caso Suárez Rosero v. Ecuador, Sentencia de Fondo de 12 de noviembre de 1997
- Caso Blake v. Guatemala, Sentencia de Fondo del 24 de enero de 1998
- Caso Paniagua Morales y Otros v. Guatemala, Sentencia de Fondo del 8 de marzo de 1998
- Caso Garrido y Baigorria v. Argentina, Sentencia de Reparaciones de 27 de agosto de 1998
- Caso Castillo Páez, Sentencia de Reparaciones del 27 de noviembre de 1998
- Caso Castillo Petruzzi y Otros v. Perú, Sentencia de Fondo de 30 de mayo de 1999

- Caso Cesti Hurtado v. Perú, Sentencia de Fondo de 29 de septiembre de 1999
- Caso Villagrán Morales y Otros (De los "Niños de la calle") v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999
- Caso Durand y Ugarte v. Perú, Sentencia de Fondo de 16 de agosto de 2000
- Caso Cantoral Benavides v. Perú, Sentencia de Fondo de 18 de agosto de 2000
- Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 25 de noviembre de 2000
- Caso Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano ("Tribunal Constitucional") v. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001
- Caso Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) v. Panamá, Sentencia de Fondo de 2 de febrero de 2001
- Caso Olmedo Bustos y Otros ("La Última Tentación de Cristo") v. Chile, Sentencia de Fondo de 5 de febrero de 2001
- Caso Ivcher Bronstein v. Perú, Sentencia de Fondo de 6 de febrero de 2001
- Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y Otros) v. Perú, Sentencia de Fondo de 14 de marzo de 2001
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicaragua, Sentencia de Fondo de 31 de agosto de 2001
- Caso Cantos v. Argentina, Sentencia de Excepciones Preliminares de 7 de septiembre de 2001
- Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002
- Caso Cantos v. Argentina, Sentencia de Fondo de 28 de noviembre de 2002
- Caso de los "Cinco Pensionistas" v. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003
- Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 7 de junio de 2003

- Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003
- Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003
- Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004
- Caso 19 Comerciantes v. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004
- Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004
- Caso del "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004
- Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004
- Caso De la Cruz Flores v. Perú, Sentencia de 18 de noviembre de 2004
- Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Sentencia de Excepciones Preliminares de 23 de noviembre de 2004
- Caso Lori Berenson Mejía v. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004
- Caso Huilca Tecse v. Perú, Sentencia de 3 de marzo de 2005
- Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname, Sentencia del 15 de junio de 2005
- Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005
- Caso Fermín Ramírez v. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005
- Caso Acosta Calderón v. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005

B.2. Opiniones Consultivas (en orden cronológico):

- OC-3 del 8 de septiembre de 1983, Restricciones a la aplicación de la pena de muerte
- OC-4 del 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización
- OC-5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas
- OC-6 del 9 de mayo de 1986, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana
- OC-7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta
- OC-8 del 30 de enero de 1987, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías
- OC-9 del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia
- OC-11 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos
- OC-13 del 16 de julio de 1993, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- OC-14 del 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención
- OC-16 del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal
- OC-17 del 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño
- OC-18 del 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados

B.3. Medidas Provisionales:

- Cárcel de Urso Branco, Brasil, Resolución de 18 de junio de 2002
- Cárcel de Urso Branco, Brasil, Resolución de 7 de junio de 2004

B.4. Votos Separados de Jueces:

- OC-4 del 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante
- OC-5 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas, Opinión Separada del Juez Rafael Nieto Navia
- OC-7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Opinión Separada del Juez Héctor Gross Spiell
- OC-7 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante
- Caso Villagrán Morales y Otros (De los "Niños de la calle") v. Guatemala, Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999, Voto Concurrente Conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y Arilio Abreu Burelli
- Caso Olmedo Bustos y Otros ("La Última Tentación de Cristo") v. Chile, Sentencia de Fondo de 5 de febrero de 2001, Voto Razonado del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo
- Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez
- Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros v. Trinidad y Tobago, Sentencia de Fondo de 21 de junio de 2002, Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade

- OC-17 del 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto razonado del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade
- OC-17 del 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez
- Caso de los "Cinco Pensionistas" v. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Voto Concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade
- Caso de los "Cinco Pensionistas" v. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez
- Caso de los "Cinco Pensionistas" v. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Voto Razonado del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo
- Caso Bulacio v. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez
- Caso del "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Voto Razonado del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade
- Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez

C. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

C.1. Informes de Casos Contenciosos:

- Caso 2141 v. Estados Unidos, Resolución Nº 23/81 del 6 de marzo de 1981
- Caso 7383 v. Guatemala, Resolución Nº 32/81 del 25 de junio de 1981

- Caso 7403 v. Guatemala, Resolución Nº 33/81 del 25 de junio de 1981
- Caso 7490 v. Guatemala, Resolución Nº 35/81 del 25 de junio de 1981
- Caso 7602 v. Cuba, Resolución Nº 6/82 del 8 de marzo de 1982
- Caso 7898 v. Cuba, Resolución Nº 11/82 del 8 de marzo de 1982
- Resolución Nº 24/82 (Chile) del 8 de marzo de 1982, -Exiliados-
- Caso 7602 v. Cuba, Resolución Nº 6/82 de 8 de mayo de 1982
- Caso 7310 v. Nicaragua, Resolución Nº 59/82 de 23 de noviembre de 1982
- Caso 9250 v. Paraguay, Resolución Nº 6/84 de 17 de mayo de 1984
- Caso 9642 v. Paraguay, Resolución Nº 14/87 de 28 de marzo de 1987
- Caso 9855 v. Haití, Resolución Nº 20/88 del 24 de marzo de 1988
- Caso 10.109 v. Argentina, Resolución Nº 26/88 del 13 de septiembre de 1988
- Casos 9768, 9780 y 9828 v. Méjico, Resolución Nº 01/90 del 17 de mayo de 1990
- Caso 10.180 v. Méjico, Informe Nº 8/91 del 22 de febrero de 1991
- Caso Alejandro Piché Cuca v. Guatemala, Informe Nº 36/93 del 6 de octubre de 1993
- Caso Horacio Verbitsky v. Argentina, Informe de Solución Amistosa Nº 22/94, del 20 de septiembre de 1994
- Caso de los Jueces de Chiriquí v. Panamá, Informe de Fondo Nº 28/94 del 30 de septiembre de 1994

- Caso Francisco Martorell v. Chile, Informe de Fondo Nº 11/96 del 3 de mayo de 1996
- Caso Santiago Marzioni v. Argentina, Informe de Inadmisibilidad Nº 39/96 del 15 de octubre de 1996
- Caso X e Y v. Argentina, Informe de Fondo Nº 38/96 de 15 de octubre de 1996
- Caso del General José Francisco Gallardo v. Méjico, Informe de Fondo 43/96 del 15 de octubre de 1996
- Caso Carlos Ranferí Gómez, Informe de Fondo Nº 29/96 del 16 de octubre de 1996
- Caso Diana Ortiz v. Guatemala, Informe de Fondo Nº 31/96 del 16 de octubre de 1996
- Caso María Mejía v. Guatemala, Informe de Fondo Nº 32/96 del 16 de octubre de 1996
- Caso Víctimas del Barco Remolcador "13 de Marzo" v. Cuba, Informe de Fondo Nº 47/96 de 16 de octubre de 1996
- Caso Haitian Interdiction v. Estados Unidos, Informe de Fondo Nº 51/96 del 13 de marzo de 1997
- Caso de la Tabacalera Boquerón S.A. v. Paraguay, Informe de Inadmisibilidad Nº 47/97 del 16 de octubre de 1997
- Caso Ángel Escobar Jurado v. Perú, Informe de Fondo Nº 42/97 del 19 de febrero de 1998
- Caso Tarcisio Medina Charry v. Colombia, Informe de Fondo Nº 3/98 del 7 de abril de 1998
- Caso Samuel de la Cruz Gómez v. Guatemala, Informe Nº 11/98 del 7 de abril de 1998
- Caso Rodolfo Robles Espinosa e Hijos v. Perú, Informe Nº 20/99 del 23 de febrero de 1999
- Caso Loren Laroye Riebe Star y Otros v. Méjico, Informe Nº 49/99 del 13 de abril de 1999
- Caso Héctor Félix Miranda v. Méjico, Informe de Fondo Nº 50/99 del 13 de abril de 1999

- Caso Víctor Rosario Congo v. Ecuador, Informe de Fondo Nº 63/99 del 13 de abril de 1999
- Caso Lino César Oviedo v. Paraguay, Informe de Fondo Nº 88/99 del 27 de septiembre de 1999
- Caso Víctor Manuel Oropeza v. Méjico, Informe de Fondo Nº 130/99 del 19 de noviembre de 1999
- Caso Ignacio Ellacuría, S. J. Y Otros v. El Salvador, Informe de Fondo Nº 136/99 del 22 de diciembre de 1999.
- Caso Andrés Aylwin Azócar y Otros v. Chile, Informe de Fondo Nº 137/99 del 27 de diciembre de 1999
- Caso Monseñor Oscar Arnulfo Romero v. El Salvador, Informe de Fondo Nº 37/00 del 13 de abril del 2000
- Casos 10.588, 10.608, 10.796, 10.856 y 10.921, Informe de Fondo 40/00 del 13 de abril de 2000
- Caso Manuel Mónago Carhuarica y Eleazar Mónago Laura v. Perú, Informe de Fondo Nº 45/00 del 13 de abril del 2000
- Caso Walter Humberto Vásquez Vejarano v. Perú, Informe de Fondo Nº 48/00 del 13 de abril del 2000
- Caso Pedro Pablo López González y Otros v. Perú, Informe de Fondo 111/00 del 4 de diciembre del 2000
- Caso María Eugenia Morales de Sierra, Informe de Fondo Nº 4/01 del 19 de enero de 2001
- Caso Álvaro José Robelo Gonzáles v. Nicaragua, Informe de Inadmisibilidad Nº 25/01 del 5 de marzo de 2001
- Caso Ana, Beatriz y Celia Gonzáles Pérez v. Méjico, Informe de Fondo 53/01 del 4 de abril de 2001
- Caso Remigio Domingo Morales y Otros v. Guatemala, Informe de Fondo Nº 59/01 del 7 de abril del 2001
- Caso Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brasil, Informe de Fondo Nº 54/01 del 16 de abril de 2001
- Caso Milton García Fajardo y Otros v. Nicaragua, Informe de Fondo Nº 100/01 del 11 de octubre de 2001

- Caso Paul Lallion v. Grenada, Informe de Fondo Nº 55/02 de 21 de octubre de 2002
- Caso Benedict Jacob v. Grenada, Informe de Fondo Nº 56/02 del 21 de octubre de 2002
- Caso Dave Sewell v. Jamaica, Informe de Fondo Nº 58/02 de 21 de octubre de 2002
- Caso de las Hermanas Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos, Informe de Fondo Nº 75/02 del 27 de diciembre del 2002
- Caso Waldemar Jerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos, Informe de Fondo Nº 77/02 del 27 de diciembre del 2002
- Caso Statehood Solidarity Committee v. Estados Unidos, Informe de Fondo Nº 98/03 del 29 de diciembre de 2003

C.2. Votos Separados de Comisionados con Motivo de Casos Contenciosos:

- Caso 2141 v. Estados Unidos, Resolución Nº 23/81 del 6 de marzo de 1981, Voto Negativo del Comisionado Dr. Marco Gerardo Morroy Cabra.
- Caso 2141 v. Estados Unidos, Resolución Nº 23/81 del 6 de marzo de 1981, Voto Negativo del Comisionado Dr. Luis Demetrio Tinoco Castro
- Caso 2141 v. Estados Unidos, Resolución Nº 23/81 del 6 de marzo de 1981, Explicación del Comisionado Voto del Dr. Andrés Aguilar M.
- Caso Milton García Fajardo y Otros v. Nicaragua, Informe de Fondo Nº 100/01 del 11 de octubre de 2001, Voto Razonado y Parcialmente Disidente del Comisionado Dr. Julio Prado Vallejo

C.3. Informes Anuales:

- Informe Anual de 1971
- Informe Anual de 1993
- Informe Anual de 1994
- Informe Anual de 1999
- Informe Anual de 2000
- Informe Anual de 2002

C.4. Informes Especiales de País:

- Séptimo Informe de Cuba de 1983
- Cuarto Informe de Chile de 1985
- Cuarto Informe de Haití de 1990
- Informe de México de 1998
- Tercer Informe de Colombia de 1999
- Tercer Informe de Paraguay del 2001
- Informe de Venezuela del 2003

C.5. Informes Especiales Temáticos:

- Informe Terrorismo y Derechos Humanos
- Informe sobre la Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, Méjico: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación
- Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Personas y Pueblos Indígenas en las Américas

C.6. Medidas Cautelares:

- El Salvador, 29 de febrero de 2000
- Chile, 20 de noviembre de 2001

- Argentina, 10 de abril de 2002
- Colombia, 9 de julio de 2002
- Nicaragua, 29 de julio de 2002
- República Dominicana, 14 de agosto de 2002
- Honduras, 16 de agosto de 2002
- Colombia, 16 de agosto de 2002
- Perú, 23 de septiembre de 2002
- Colombia, 2 de octubre de 2002
- Perú, 19 de junio de 2003

V- Otros Instrumentos Internacionales y Resoluciones Adoptados por la Organización de Estados Americanos

- Carta de la Organización de Estados Americanos
- Carta Democrática Interamericana
- Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático
- Convención de Caracas sobre Asilo Territorial
- Convención Interamericana Contra el Terrorismo
- Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer
- Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer
- Resolución 666 del 18 de noviembre de 1983
- Resolución 742 del 17 de noviembre de 1984
- Resolución 1356 del 9 de junio de 1995

VI- Tratados Adoptados por los Estados Americanos antes de la creación de la OEA

- Convención sobre Asilo de la Habana
- Convención sobre Extradición de Montevideo
- Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo

VII- Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos

A- Instrumentos Internacionales

- Convención Europea de Derechos Humanos
- Protocol Nº 1 To the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
- Protocol Nº 4 To the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto
- Protocol Nº 7 To the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
- Protocol Nº 12 To the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

B- Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

B.1. Casos Contenciosos:

- Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits), Judgment of July 23 of 1968
- Case of National Union of Belgian Police v. Belgium, Judgment of October 27 of 1975
- Case of Swedish Engine Drivers Union v. Sweden, Judgment of February 6 of 1976
- Case of Schmidt And Dahlström v. Sweden, Judgment of February 6 of 1976
- Case of Engel And Others v. The Netherlands, Judgment of June 8 of 1976

- Case of Handyside v. The United Kingdom, Judgment of December 7 of 1976
- Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, Judgment of December 7 of 1976
- Case of Sunday Times v. The United Kingdom, Judgment of April 26 of 1979
- Case of Airey v. Ireland, Judgment of October 9 of 1979
- Case of Winterwerp v. The Netherlands, Judgment of October 24 of 1979
- Case of Van Oosterwijck v. Belgium, Judgment of November 6 of 1980
- Case of Le Compte, Van Leuven And Meyere v. Belgium, Judgment of June 23 of 1981
- Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom, Judgment of August 13 of 1981
- Case of Campbell and Cosans v. The United Kingdom, Judgment of February 25 of 1982
- Case of Van Droogenbroeck v. Belgium, Judgment of June 24 of 1982
- Case of Albert And Le Compte v. Belgium, Judgment of February 10 of 1983
- Case of Silver and Others v. The United Kingdom, Judgment of March 25 of 1983
- Case of Pakelli v. Germany, Judgment of April 25 of 1983
- Case of Van Der Mussele v. Belgium, Judgment of November 23 of 1983
- Case of James and Others v. The United Kingdom, Judgment of February 21 of 1986
- Case of Van Marle and Others v. Netherlands, Judgment of June 26 of 1986
- Case of Lingers v. Austria, Judgment of July 8 of 1986
- Case of Rees v. The United Kingdom, Judgment of October 17 of 1986

- Case of Agosi v. The United Kingdom, Judgment of October 24 of 1986
- Case of Jhonston and Others v. Ireland, Judgment of December 18 of 1986
- Case of Mathieu-Mohin And Clerfayt v. Belgium, Judgment of March 2 of 1987
- Case of F. v. Switzerland, Judgment of December 18 of 1987
- Case of Plattform "Arzte für das Leben" v. Austria, Judgment of June 21 of 1988
- Case of Norris v. Ireland, Judgment of October 26 of 1988
- Case of Barberá Messegué and Jabardo, Judgment of December 6 of 1988
- Case of Gaskin v. The United Kingdom, Judgment of July 7 of 1989
- Case of Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, Judgment of July 7 of 1989
- Case of Markt Intern Verlag Gmbh and Klaus Beermann v. Germany, Judgment of November 20 of 1989
- Case of Kamasinski v. Austria, Judgment of December 19 of 1989
- Case of Mellacher And Others v. Austria, Judgment of December 19 of 1989
- Case of Ha□kansson and Sturesson v. Sweden, Judgment of February 21 of 1990
- Case of Powell and Rayner v. The United Kingdom, Judgment of February 21 of 1990
- Case of Groppera Radio Ag and Others v. Switzerland, Judgment of March 28 of 1990
- Case of Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway, Judgment of May 20 of 1990
- Case of Weber v. Switzerland, Judgment of May 22 of 1990
- Case of Autronic Ag v. Switzerland, Judgment of May 22 of 1990

- Case of Cossey v. UK, Judgment of September 27 of 1990
- Case of Ezelin v. France, Judgment of April 26 of 1991
- Case of Quaranta v. Switzerland, Judgment of May 24 of 1991
- Case of Castells v. Spain, Judgment of April 23 of 1992
- Caso of Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, Judgment of June 25 of 1992
- Case of Schwabe v. Austria, Judgment of August 28 of 1992
- Case of Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, Judgment of October 29 of 1992
- Case of Hadjianastassiou v. Greece, Judgment of December 16 of 1992
- Case of Kokkinakis v. Greece, Judgment of May 25 of 1993
- Case of Hoffmann v. Austria, Judgment of June 23 of 1993
- Case of Kremzow v. Austria, Judgment of September 21 of 1993
- Case of Imbrioscia v. Switzerland, Judgment of November 24 of 1993
- Case of Informationsverein Lentia and Others v. Austria, Judgment of November 24 of 1993
- Case of Burghartz v. Switzerland, Judgment of February 22 of 1994
- Case of Casado Coca v. Spain, Judgment of February 24 of 1994
- Case of Karleinz Schmidt v. Germany, Judgment of July 18 of 1994
- Case of Otto Preminger Institut v. Austria, Judgment of September 20 of 1994
- Case of Fayed v. The United Kingdom, Judgment of September 21 of 1994
- Case of Hentrich v. France, Judgment of September 22 of 1994

- Case of Jersild v. Denmark, Judgment of September 23 of 1994
- Case of Katte Klitsche de la Grange v. Italy, Judgment of October 27 of 1994
- Case of S.W. v. The United Kingdom, Judgment of November 22 of 1994
- Case of Stjerna v. Finland, Judgment of November 25 of 1994
- Case of López Ostra v. Spain, Judgment of December 9 of 1994
- Case of Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands, Judgment of February 9 of 1995
- Case of Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH v. Netherlands, Judgment of February 23 of 1995
- Case of Piermont v. France, Judgment of April 27 of 1995
- Case of Air Canada v. The United Kingdom, Judgment of May 5 of 1995
- Case of Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom, Judgment of July 13 of 1995
- Case of Vogt v. Germany, Judgment of September 26 of 1995
- Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland, Judgment of September 26 of 1995
- Case of Goodwin v. The United Kingdom, Judgment of March 27 of 1996
- Case of Thomann v. Switzerland, Judgment of June 10 of 1996
- Case of Guillot v. france, Judgment of October 24 of 1996
- Case of Pro□tsch v. Austria, Judgment of November 15 of 1996
- Case of Tsomtsos And Others v. Greece, Judgment of November 15 of 1996
- Case of Wingrove v. The United Kingdom, Judgment of November 25 of 1996

- Case of Sanders v. The United Kingdom, Judgment of December 17 of 1996
- Case of Eftratiou v. Greece, Judgment of December 18 of 1996
- Case of Valsamis v. Greece (I), Judgment of December 18 of 1996
- Case of De Haes and Gijsels v. Belgium, Judgment of February 24 of 1997
- Case of Z v. Finland, Judgment of February 25 of 1997
- Case of X, Y and Z v. The United Kingdom, Judgment of Aril 22 of 1997
- Case of Worms v. Austria, Judgment of August 29 of 1997
- Case of Grigoriades v. Greece, Judgment of November 27 of 1997
- Case of Camenzind v. Switzerland, Judgment of December 16 of 1997
- Case of United Communist Party of Turkey And Others v. Turkey, Judgment of January 30 of 1998
- Case of Bowman v. The United Kingdom, Judgment of February 13 of 1998
- Case of Guerra and Other v. Italy, Judgment of February 19 of 1998
- Case of Kaya v. Turkey, Judgment of February 19 of 1998
- Case of Larissis and Others v. Greece, Judgment of February 24 of 1998
- Case of Gautrin and Others v. France, Judgment of May 20 of 1998
- Case of Schöpfer v. Switzerland, Judgment of May 20 of 1998
- Case of Sidiropoulos And Others v. Greece, Judgment of July 10 of 1998
- Case of Sheffield and Horsham v. The United Kingdom, Judgment of July 30 of 1998

- Case of Ahmed And Others v. The United Kingdom, Judgment of September 2 of 1998
- Case of Ahmed and Others v. The United Kingdom, Judgment of September 2 of 1998
- Case of Lehideux and Isorni v. France, Judgment of September 23 of 1998
- Case of Aka v. Turkey, Judgment of September 23 of 1998
- Case of Malige v. France, Judgment of September 23 of 1998
- Case of Fressoz and Roire v. France, Judgment of January 21 of 1999
- Case Iatridis v. Greece, Judgment of March 23 of 1999
- Case of Chassagnou And Others v. France, Judgment of April 29 of 1999
- Case of Rekvényi v. Hungary, Judgment of May 20 of 1999
- Case of Arslan v. Turkey, Judgment of July 8 of 1999
- Case of Gerger v. Turkey, Judgment of July 8 of 1999
- Case of Hilbe v. Liechtenstein, Decision of September 7 of 1999
- Case of Pla and Puncernau v. Andorra, Judgment of September 27 of 1999
- Case of Öztürk v. Turkey, Judgment of September 28 of 1999
- Case of Wille v. Liechtenstein, Judgment of October 28 of 1999
- Case of Freedom And Democracy Party (Özdep) v. Turkey, Judgment of December 8 of 1999
- Case of T. v. The United Kingdome, Judgment of December 16 of 1999
- Case of V. v. The United Kingdome, Judgment of December 16 of 1999
- Case of Serif v. Greece, Judgment of December 14 of 1999
- Case of Salguero Da Silva Mouta v. Portugal, Judgment of December 21 of 1999

- Case of Beyeler v. Italy, Judgment of January 5 of 2000
- Case of Michael Edgard Cooke v. Austria, Judgment of February 8 of 2000
- Case of Labita v. Italy, Judgment of April 6 of 2000
- Case of Thilmmenos v. Greece, judgment of April 6 of 2000
- Case of Cha´are Shalom Ve Tsedek v. France, judgment of June 27 of 2000
- Case of Cöeme And Others v. Belgium, Judgment of July 22 of 2000
- Case of Gnahoré v. France, Judgment of September 19 of 2000
- Case of The Former King of Greece And Others v. Greece, Judgment of November 23 of 2000
- Case of Edoardo Palumbo v. Italy, Judgment of November 30 of 2000
- Case of Krombach v. France, Judgment of February 13 of 2001
- Case of Luca v. Italy, Judgment of February 27 of 2001
- Case of Jerusalem v. Austria, Jugdment of February 27 of 2001
- Case of Malama v. Greece, Judgment of March 1 of 2001
- Case of K-H v. Germany, Judgment of March 22 of 2001
- Case of Keenan v. The United Kingdome, Judgment of April 3 of 2001
- Case of T.P. and K.M. v. U.K., Judgment of May 10 of 2001
- Case of Kreuz v. Poland, Judgment of June 19 of 2001
- Case of Price v. The United Kingdom, Judgment of July 10 of 2001
- Case of Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, Judgment of July 12 of 2001
- Case of N. F. v. Italy, Judgment of August 2 of 2001
- Case of Grande Oriente D´Italia Di Palazzo Giustiniani v. Italy, Judgment of August 2 of 2001

- Case of Stankov And The United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria, Judgment of October 2 of 2001
- Case of Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova, Judgment of December 13 of 2001
- Case of A.B. v. The Netherlands, Judgment of January 29 of 2002
- Case of Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria, Judgment of February 26 of 2002
- Case of Fretté v. France, Judgment of February 26 of 2002
- Case of Nikula v. Finland, Judgment of March 21 of 2002
- Case of Vasilopoulou v. Greece, Judgment of March 21 of 2002
- Case of Cisse v. France, Judgment of April 9 of 2002
- Case of Yazar And Others v. Turkey, Judgment of April 9 of 2002
- Case of S.A. Dangeville v. France, Judgment of April 16 of 2002
- Case of Pretty v. The United Kingdome, Judgment of April 29 of 2002
- Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of June 4 of 2002
- Case of Sadak And Others v. Turkey, Judgment of June 11 of 2002
- Case of Sadak And Others v. Turkey (N° 2), Judgment of June 11 of 2002
- Case of Öneryildiz v. Turkey, Judgment of June 18 of 2002
- Case of Al-Nashif v. Bulgaria, Judgment of June 20 of 2002
- Case of Colombani And Others v. France, Judgment of June 25 of 2002
- Case of Wilson, National Union of Journalists And Others v. The United Kingdom, Judgment of July 2 of 2002
- Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom, Judgment of July 11 of 2002

- Case of I. v. The United Kingdom, Judgment of July 11 of 2002
- Case of P., C. And S. v. The United Kingdome, Judgment of July 16 of 2002
- Case of Posti And Rahko v. Finland, Judgment of September 24 of 2002
- Case of Nerva And Others v. The United Kingdom, Judgment of September 24 of 2002
- Case of Agga v. Greece, Judgment of October 17 of 2002
- Case of Taylor-Sabori v. UK, Judgment of October 22 of 2002
- Case of Demuth v. Switzerland, Judgment of November 5 of 2002
- Case of Zvolský And Zvolska v. The Czech Republic, Judgment of November 12 of 2002
- Case of E. and Others v. The United Kingdom, Judgment of November 26 of 2002
- Case of Voggenreiter v. Germany, Judgment of November 28 of 2002
- Case of Smoleanu v. Romania, Judgment of December 3 of 2002
- Case of Case of Waite v. The United Kingdom, Judgment of December 10 of 2002
- Case of A. v. The United Kingdom, Judgment of December 17 of 2002
- Case of S. L. v. Austria, Judgment of January 9 of 2003
- Case of L and V v. Austria Judgment of January 9 of 2003
- Case of Langerblom v. Sweden, Judgment of January 14 of 2003
- Case of Veeber v. Estonia (Nº 2), Judgment of January 21 of 2003
- Case of Ecer and Zeyrek v. Turkey, Judgment of January 21 of 2003

- Case of Cordova v. Italy (Nº 1), Judgment of January 30 of 2003
- Case of Lorsé and Others v. The Netherlands, Judgment of February 4 of 2003
- Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, Judgments of July 31 of 2001, and February 13 of 2003
- Case of Case of Odièvre v. France, Judgment of February 13 of 2003
- Case of Djavitan v. Turkey, Judgment of February 20 of 2003
- Case of Roemen and Schmit v. Luxembourg, Judgment of February 25 of 2003
- Case of Appleby And Others v.The United Kingdom, Judgment of May 6 of 2003
- Case of Skałka v. Poland, Judgment of May 27 of 2003
- Case of Van Kück v. Germany, Judgment of June 12 of 2003
- Case of Sahin v. Germany, Judgment of July 8 of 2003
- Case of Eftrathiou And Michailidis & Co. Motel Amerika v. Greece, Judgment of July 10 of 2003
- Case of Luordo v. Italy, Judgment of July 17 of 2003
- Case of Karner v. Austria, Judgment of July 24 of 2003
- Case of Koua Poirrez v. France, Judgment of September 30 of 2003
- Case of Ezeh And Connors v. The United Kingdom, Judgment of October 9 of 2003
- Case of Steur v. The Netherlands, Judgment of October 28 of 2003
- Case of Napijalo v. Croatia, Judgment of November 13 of 2003
- Case of Gündüz v. Turkey, Judgment of December 4 of 2003
- Case of M.C. v. Bulgaria, Judgment of December 4 of 2003
- Case of Krone Verlag Gmbh & Co. Kg v. Austria (no. 3), Judgment of December 11 of 2003

- Case of Yankov v. Bulgaria, Judgment of December 11 of 2003
- Case of Palau-Martínez v. France, Judgment of December 16 of 2003
- Case of Jahn And Others v. Germany, Judgment of January 22 of 2004
- Case of Kormacheva v. Russia, Judgment of January 29 of 2004
- Case of Perez v. France, Judgment of February 12 of 2004
- Case of Maestri v. Italy, Judgment of February 17 of 2004
- Case of Gorzelyk And Others v. Poland, Judgment of February 17 of 2004
- Case of Thampibillai v. The Netherlands, Judgment of February 17 of 2004
- Case of Glass v. The United Kingdom, Judgment of March 9 of 2004
- Case of Hirst v. The United Kingdom (No. 2), Judgment of March 30 of 2004
- Case of Sadak v. Turkey, Judgment of April 8 of 2004
- Case of Amihalachioaie v. Moldova, Judgment of April 20 of 2004
- Case of Plon (société) v. France, Judgment of May 18 of 2004
- Case of Prodan v. Moldova, Judgment of May 18 of 2004
- Case of Sîrbu and Others v. Moldova, Judgment of June 15 of 2004
- Case of Broniowski v. Poland, Judgment of June 22 of 2004
- Case of Von Hannover v. Germany, Judgment of June 24 of 2004
- Case of Leyla Sahin v. Turkey, Judgment of June 29 of 2004
- Case of Chauvy and Others v. France, Judgment of June 29 of 2004
- Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004

- Case of Smith and Grady v. The United Kingdom, Judgment of July 13 of 2004
- Case of Nikitin v. Russia, Judgment of July 20 of 2004
- Case of Sidabras and Dziautas v. Lithuania, Judgment of July 27 of 2004
- Case of San Leonard Band Club v. Malta, Judgment of July 29 of 2004
- Case of Rachevi v. Bulgaria, Judgment of September 23 of 2004
- Case of Osmanov and Yuseinov v. Bulgaria, Judgment of 23 September 2004
- Case of Presidential Party of Mordovia v. Russia, Judgment of October 5 of 2004
- Case of Kjartan Ásmundsson v. Iceland, Judgment of October 12 of 2004
- Case of Melnychenko v. Ukraine, Judgment of October 19 of 2004
- Case of Maraşli v. Turkey, Judgment of November 9 of 2004
- Case of Sejdovic v. Italy, Judgment of November 10 of 2004
- Case of Achour v. France, Judgment of November 10 of 2004
- Case of Prokopovich v. Rusia, Judgment of November 16 of 2004
- Case of Moreno Gómez v. Spain, Judgment of November 16 of 2004
- Case of Bruncrona v. Finland, Judgment of November 16 of 2004
- Case of Dogan and Others v. Turkey, Judgment of June 29 of 2004, rectified on November 18 of 2004
- Case of Klyahin v. Russia, Judgment of November 30 of 2004
- Case of Öneryildiz v. Turkey, Judgment of November 30 of 2004

- Case of Becvár And Becvárova v. The Czech Republic, Judgment of December 14 of 2004
- Case of Gelfmann v. France, Judgment of December 14 of 2004
- Case of Supreme Holy Council of The Muslim Community v. Bulgaria, Judgment of December 16 of 2004
- Case of Cumpana and Mazare v. Romania, Judgment of December 17 of 2004
- Case of Busuioc v. Moldova, Judgment of December 21 of 2004
- Case of Talat Tepe v. Turkey, Judgment of December 21 of 2004
- Case of Halis v. Turkey, Judgment of January 11 of 2005
- Case of Todorov v. Bulgaria, Judgment of January 18 of 2005
- Case of Mayzit v. Russia, Judgment of January 20 of 2005
- Case of Enhorn v. Sweden, Judgment of January 25 of 2005
- Case of Ramírez Sánchez v. France, Judgment of January 27 of 2005
- Case of Ziliberg v. Moldova, Judgment of February 1 of 2005
- Case of Ladner v. Austria, Judgment of February 3 of 2005
- Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey, Judgment of February 4 of 2005
- Case of Steel and Morris v. The United Kingdom, Judgment of February 15 of 2005
- Case of Alinak v. Turkey, Judgment of March 29 of 2005
- Case of Sokolowski v. Poland, Judgment of March 29 of 2005
- Case of Karalevictus v. Lithuania, Judgment of April 7 of 2005
- Case of Whitfield and Others v. The United Kingdome, Judgment of April 12 of 2005
- Case of Demchenko v. Ukraine, Judgment of May 3 of 2005

- Case of Grishechkin and Others v. Ukraine, Judgment of May 3 of 2005
- Case of Znamenska v. Russia, Judgment of June 2 of 2005
- Case of Novoselov v. Russia, Judgment of June 2 of 2005
- Case of Labzov v. Russia, Judgment of June 16 of 2005
- CrEDH, Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, Judgment of June 30 of 2005
- Case of Rhode v. Denmark, Judgment of July 21 of 2005
- Case of N. v. Finland, Judgment of July 29 of 2005

B.2. Votos Separados de Jueces de la Corte Europea:

- Case of "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits), Judgment of July 23 of 1968, Individual Opinion, Partly Dissenting (point i of the operative provisions of the judgment), of Judge G. Maridakis
- Case of Jhonston and Others v. Ireland, Judgment of December 18 of 1986, Separate Opinion Partly Dissenting and Partly Concurring of Judge De Meyer
- Case of Mellacher and Others v. Austria, Judgment of December 19 of 1989, Joint Dissenting Opinion of Judges Cremona, Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Bernhardt And Spielmann
- Case of Kokkinakis v. Greece. Judgment of May 25 of 1993, Dissenting Opinion of Judge Valticos
- Case of Kokkinakis v. Greece. Judgment of May 25 of 1993, Partly Dissenting Opinion of Judge Martens
- Case of Hoffmann v. Austria, Judgment of June 23 of 1993, Partly Dissenting Opinion of Judge Walsh
- Case of Otto Preminger Institut v. Austria, Judgment of September 20 of 1994, Dissenting Opinion of Judges Palm, Pekkanen and Makarczyk

- Case of Jersild v. Denmark, Judgment of September 23 of 1994, Joint Dissenting Opinion of Judges Gölcüklü, Russo and Valticos
- Case of Gasus Dosier- und Fo□rdertechnik GmbH v. Netherlands, Judgment of February 23 of 1995, Dissenting Opinion of Judge Foighel, Joined by Judges Russo And Jungwiert
- Case of Gustafsson v. Sweden, Judgment of April 25 of 1996, Partly Dissenting Opinion of Judge Jambreck, Dissenting Opinion of Judge Walsh, Dissenting Opinion of Judge Martens Joined by Judge Matscher, Dissenting Opinion of Judge Morenilla, Dissenting Opinion of Judge Mifsud Bonnici
- Case of Sanders v. The United Kingdom, Judgment of December 17 of 1996, Concurring Opinion of Judge Walsh
- Case of Eftratiou v. Greece, Judgment of December 18 of 1996, Joint Dissenting Opinion of Judges Thór Vilhjálmsson and Jambrek
- Case of Valsamis v. Greece (I), Judgment of December 18 of 1996, Joint Dissenting Opinion of Judges Thór Vilhjámsson and Jambrek
- Case of Larissis and Others v. Greece, Judgment of February 24 of 1998, Partly Dissenting Opinion of Judge Valticos, joined by Judge Morenilla
- Case of Larissis and Others v. Greece, Judgment of February 24 of 1998, Concurring Opinion of Judge De Meyer
- Case of Larissis and Others v. Greece, Judgment of February 24 of 1998, Partly Dissenting Opinion of Judge Repik
- Case of Sheffield And Horsham v. UK, Judgment of July 30 of 1998, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Bernhart, Thór Vilhj Álmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarczyk And Voicu
- Case of Janowski v. Poland, Judgment of January 21 of 1999, Dissenting Opinion of Judge Sir Nicolas Bratza Joined by Judge Rozakis

- Case of The Former King of Greece And Others v. Greece, Judgment of November 23 of 2000, Partly Dissenting Opinion of Judge Koumantos joined by Judge Zupancic
- Case of O. v. Norway, Judgment of February 11 of 2003, Concurring Opinion of Judge Greve
- Case of Hammern v. Norway, Judgment of February 11 of 2003, Concurring Opinion of Judge Greve
- Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, Judgments of July 31 of 2001, and February 13 of 2003, Concurring Opinion of Judges Ress joined by Judge Rozakis
- Case of Van Kück v. Germany, Judgment of June 12 of 2003, Dissenting Opinion of Judges Cabral Barreto, Hedigan And Greve
- Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004, Separate Opinion of Judge Costa Joined by Judge Traja
- Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004, Separate Opinion of Judge Rozakis Joined by Judges Caflish, Fischbach, Lorenzen and Thomassen
- Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004, Dissenting Opinion of Judge Mularoni Joined by Judge Strážnická.
- Case of Vo v. France, Judgment of July 8 of 2004, Dissenting Opinion of Judge Ress
- Case of Von Hannover v. Germany, Judgment of June 24 of 2004, Concurring Opinion of Judge Cabral Barreto, Concurring Opinion of Judge Zupančič
- Case of Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, Judgment of December 17 of 2004, Joint Partially Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Türmen, Strážnická, Bîrsan, Casadevall, Zupančič, Maruste and Hajiyev

C- Comisión Europea de Derechos Humanos

- Case of Iversen v. Norway, Admissibility Decision, 1963
- Case of Brüggemann And Scheuten v. The Federal Republic of Germany, Nº 6959/75
- Commission´s Report of July 12 of 1977
- Case of Rassemblement Jurassien and Unité Jurassienne v. Switzerald, Commision Decision of October 10 of 1979
- Case of Christians Against Racism and Fascism v. The United Kingdom, Comission Decision of July 16 of 1980
- Case of Herczegfalvy v. Austria, Report of March 1 of 1991
- Case of H. v. Noruega, Decision of May 19 of 1992
- Case of Reeve v. The United Kingdom, Decision of November 30 of 1994

IX- Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional del Trabajo

A- Convenios

- Convenio Nº 29, Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio
- Convenio Nº 87, Sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación
- Convenio Nº 98, Sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva
- Convenio Nº 100, Sobre Igualdad de Remuneración
- Convenio Nº 111, Sobre la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación
- Convenio Nº 138, Sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo
- Convenio Nº 159, Sobre la Readaptación Profesional y el Empleo (personas inválidas)

- Convenio Nº 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales
- Convenio Nº 182, Sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil
- Convenio Nº 183, Sobre la Protección de la Maternidad

B- Recomendaciones

- Recomendación Nº 138
- Recomendación Nº 190
- Recomendación Nº 191

X- Tratados Adoptados por la Sociedad de Naciones

- Convención sobre la Esclavitud

XI- Otros Documentos Internacionales

- DECLARACIÓN DE CARACAS, Aprobada en la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina, 1990. Adoptada bajo los auspicios de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud
- DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC, Adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre la Libertad de Expresión celebrada en México D.F. el 11 de marzo de 994
- PRINCIPIOS DE LIMA, adoptados el 16 de noviembre de 2000, redactados por un grupo de expertos en la materia, entre ellos, los Relatores Especiales para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU y de la OEA
- Carta Africana de Derechos Humanos

XII- Fuentes de Derecho Interno

- Constitución de la República de Chile de 1980, Texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por Decreto Supremo Nº 100, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2005, que incluye las modificaciones introducidas al texto constitucional por la ley Nº 20.050
- Tribunal Constitucional Colombiano, Sentencia SU-510/98
- Corte Suprema de Justicia de Canadá, Case of Sauvé v. The Attorney General of Canadá (Nº 2), Judgment of October 31 of 2002
- Ley Nº 16.099 de la República Oriental de Uruguay, Sancionado en Montevideo el 24 de octubre de 1989 por la Cámara de Senadores

XIII- Doctrina

- VILLARREAL Beatriz – ESPAÑA Olmedo, *Hablemos de Derechos Humanos,* Ed. Oscar De León Palacios, 2ª ed., Ciudad de Guatemala 2004, 241 pp.

XIV- Otras Publicaciones

- CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DRECHO INTERNACIONAL (CEJIL), *Gaceta Nº 14,* Washington D.C., 2001, 6 pp.
- UNICEF y ÓRGANO JUDICIAL DELA REPÚBLICA DE PANAMA-ESCUELA JUDICIAL, *Fundamentos y principios del derecho penal de adolescentes (Primer módulo instruccional),* Panamá 1999, 101 pp.
- REFORMA PENAL INTERNACIONAL, *Manual de buena práctica penitenciaria,* Reforma Penal Internacional, 2ª ed., San José, C.R: Guayacán, 2002, 120 pp.