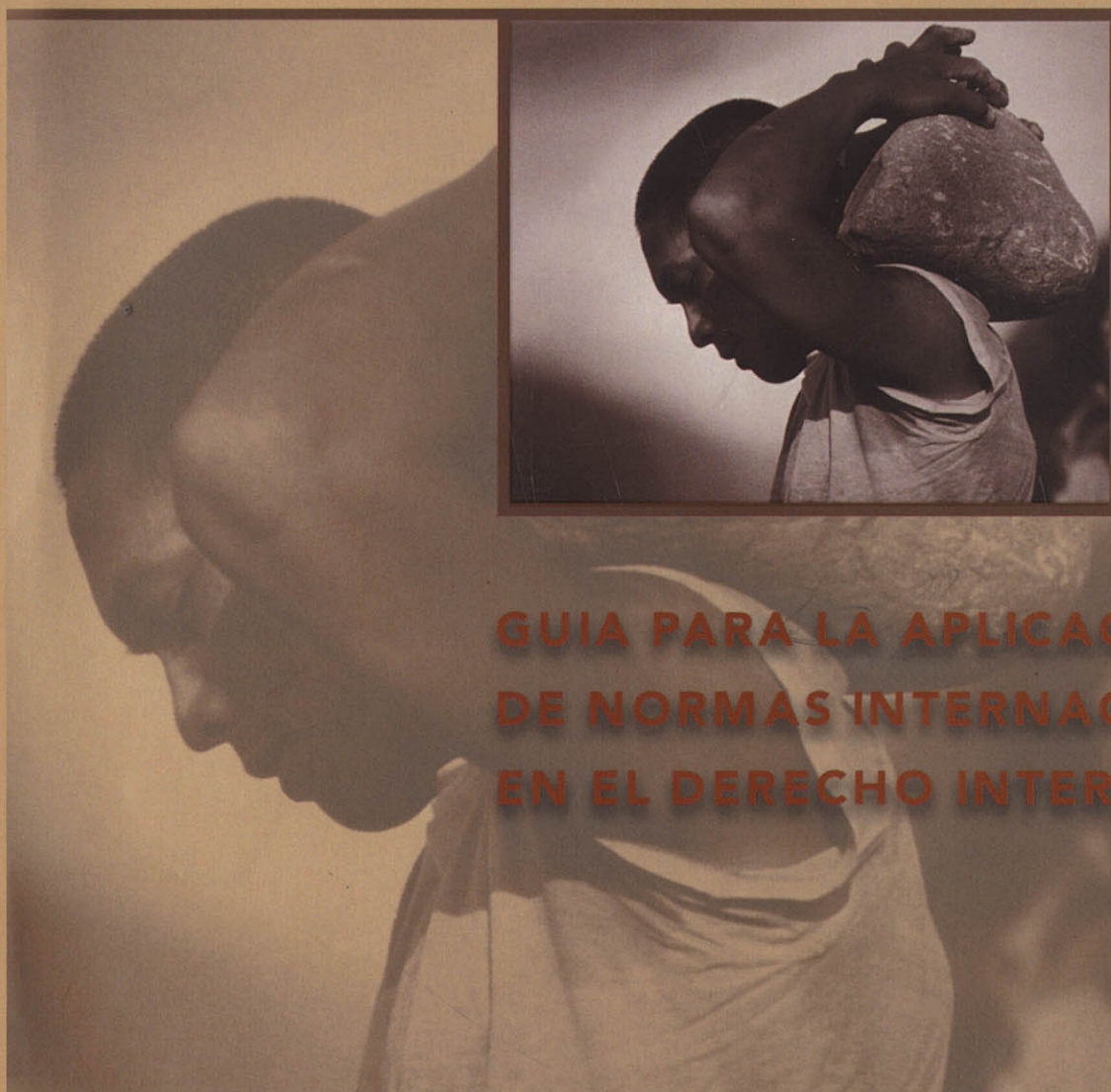


Banco Interamericano de Desarrollo

La dimensión internacional de los derechos humanos



**GUIA PARA LA APLICACION
DE NORMAS INTERNACIONALES
EN EL DERECHO INTERNO**

Página en blanco a propósito

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO
AMERICAN UNIVERSITY

La dimensión internacional de los derechos humanos

**GUIA PARA LA APLICACION
DE NORMAS INTERNACIONALES
EN EL DERECHO INTERNO**

***Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín
y Tomás Ojea Quintana***

Washington D.C.
1999

**Cataloging-in-Publication data provided by the
Inter-American Development Bank
Felipe Herrera Library**

Rodríguez Pinzón, Diego.

La dimensión internacional de los derechos humanos : guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno / Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojea Quintana.

p. cm.

ISBN: 1886938571

1. Human rights—Latin America—Handbooks, manuals, etc. 2. Civil rights—Latin America—Handbooks, manuals, etc. 3. Due process of law—Latin America—Handbooks, manuals, etc. 4. Freedom of speech—Latin America—Handbooks, manuals, etc. 5. Justice, Administration of—Latin America—Handbooks, manuals, etc. I. Martín, Claudia. II. Ojea Quintana, Tomás. III. Inter-American Development Bank. IV. Washington College of Law. Center for Human Rights and Humanitarian Law. 341.481 R69—dc21

Las opiniones expresadas en este libro no reflejan necesariamente la posición oficial del Banco o de la American University.

**La dimensión internacional de los derechos humanos
Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno**

Cover: Images © 1999 Photodisc, Inc.

© Banco Interamericano de Desarrollo, 1999

Esta publicación puede solicitarse a:

IDB Bookstore

1300 New York Avenue, N.W.

Washington, D.C. 20577

Estados Unidos de América

E-mail: idb-books@iadb.org

www.iadb.org

ISBN: 1-886938-57-1

Acerca de los autores

Diego Rodríguez Pinzón (LL.M., candidato S.J.D.) Abogado de la Universidad de Los Andes, Colombia. Es Co-Director del Proyecto de Repertorio de Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos en el Centro de Derechos Humanos y Derecho Humanitario y Professorial Lecturer del Washington College of Law de American University. Ha sido abogado consultor del B.I.D. y de la O.E.A., y Representante para Latinoamérica del International Human Rights Law Group en Washington, D.C.

Claudia Martín (LL.M.) Abogada de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Es la Co-Directora del Proyecto del Repertorio de Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el Centro de Derechos Humanos y Derecho Humanitario y Professorial Lecturer del Washington College of Law de American University. Previamente, se desempeñó como abogada consultora en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la O.E.A..

Tomás Ojea Quintana (LL.M.) Abogado de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Es Socio del Estudio Jurídico Ojea Quintana y especialista en derecho penal y en derecho internacional de los derechos humanos. Se ha desempeñado como abogado consultor del B.I.D. y es docente de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Belgrano.

Página en blanco a propósito

Contenido

INTRODUCCION	1
AGRADECIMIENTOS	3
METODOLOGIA	5
CAPITULO UNO RELACIONES ENTRE DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL	9
CAPITULO DOS PROTECCION JUDICIAL Y DERECHO A UN RECURSO EFFECTIVO	115
CAPITULO TRES ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO	205
CAPITULO CUATRO EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION	285
CAPITULO CINCO DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES (DECS)	331
CAPITULO SEIS ALGUNOS ASPECTOS TEMATICOS SOBRE LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	389
APENDICE I MATERIALES PRACTICOS	465
APENDICE II INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	481

Indice de materias

INTRODUCCION ...1

AGRADECIMIENTOS ...3

METODOLOGIA ...5

CAPITULO UNO

**RELACIONES ENTRE DERECHO INTERNO Y DERECHO
INTERNACIONAL ...9**

**A. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD A UN ESTADO: EL PAPEL DEL
PODER JUDICIAL ...11**

1. *Principios generales de responsabilidad internacional.
Atribución de responsabilidad al Estado por la conducta de sus
órganos ...11*

Preguntas ...11

**Yearbook of the international law commission 1973, vol. III
(report of the commission to the general assembly, document
a/9010/rev.1) ...11**

**Atribución al estado por la conducta de sus órganos, *Eduardo
Jiménez de Aréchaga* ...15**

Caso 10.843, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* ...21

2. *Atribución de responsabilidad en el marco de la Convención
Americana: la obligación de respetar y garantizar del
artículo 1.1 ... 22*

Pregunta ...22

**Artículo 1.1, *Convención Americana sobre Derechos
Humanos* ...23**

**Caso Velásquez Rodríguez, *Corte Interamericana de Derechos
Humanos* ...23**

B. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ...27

1. Generalidades ...27

Pregunta ...27

Comentario ...27

Artículo 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ...27

Las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, Cecilia Medina ...28

2. Costumbre internacional ...30

Comentario ...30

a. Valor jurídico de la declaración universal de los derechos humanos y la declaración americana de los derechos y deberes del hombre ...30

Preguntas ...30

Declaración Universal de los Derechos Humanos: efecto jurídico e importancia política, Thomas Buergenthal ...31

Caso 9647, Comisión Interamericana de Derechos Humanos ...33

Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos ...45

Artículo 75 inciso 22, Constitución de la República Argentina ...50

Artículo 46, Constitución de Nicaragua ...51

3. Tratados: principios aplicables ...51

Comentario ...51

a. Criterios generales de interpretación ...51

Preguntas ...51

La interpretación de los tratados de derechos humanos, Cecilia Medina ...52

**Artículos 31 y 32, Convención de Viena sobre el Derecho de los
Tratados ...58**

**Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4
Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión
Consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos ...59**

**Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa
Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva,
Corte Interamericana de Derechos Humanos ...60**

**Artículo 29, Convención Americana sobre Derechos
Humanos ...61**

**La Colegiación Obligatoria de los Periodistas (Arts. 13 y 29
Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión
Consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos ...61**

**Caso Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación, Corte Suprema
de Justicia, Argentina ...62**

b. Alcance de la protección de los derechos humanos ...64

Preguntas ...64

Alcance de los derechos humanos, Mónica Pinto ...64

**El Régimen Hemisférico sobre Situaciones de Emergencia,
Claudio Grossman ...73**

4. Jurisprudencia ...80

Preguntas ...80

**La jurisprudencia internacional “como guía”, Guillermo
Moncayo ...80**

**C. INCORPORACION DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO ...83**

Preguntas ...83

**La Convención Interamericana de Derechos Humanos como
Derecho Interno, Eduardo Jiménez de Aréchaga ...83**

Artículo 144, Constitución Política de El Salvador ...85

Artículo 16, Constitución de la República de Honduras ...85

Artículos 137 y 141, Constitución de la República del Paraguay ...85

Artículo 55, Constitución Política del Perú ...86

Artículo 133, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ...86

D. JERARQUIA DE LOS TRATADOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO DE LOS ESTADOS ...87

Preguntas ...87

La jerarquía de los tratados de derechos humanos, Carlos M. Ayala Corao ...87

E. AUTOEJECUTORIEDAD DE LAS NORMAS DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS ...98

Preguntas ...98

Comentario ...98

La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno, Eduardo Jiménez de Aréchaga ...99

Artículo 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...104

El problema de la “autoejecutabilidad” o del carácter self-executing de una norma convencional, Cecilia Medina ...104

Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Rodolfo E. Piza Escalante ...105

Caso Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia –Argentina ...109

Comentario ...112

CAPITULO DOS

PROTECCION JUDICIAL Y DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO ...115

A . EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO EN EL MARCO DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (ARTICULOS 25.1, 8.1 Y 1.1) ...117

1. *Concepto y alcance del derecho a un recurso efectivo ...117*

Preguntas ...117

Caso Velásquez Rodríguez, Corte Interamericana de Derechos Humanos ...117

Artículo 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos...119

Caso 10.987, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...119

2. *El derecho a un recurso efectivo y el derecho a contar con un hábeas corpus o exhibición personal (Artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ...122*

Preguntas ...122

Comentario ...122

Artículo 7 inciso 6, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...123

El hábeas corpus bajo suspensión de garantías, Opinión Consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos...123

Caso Suárez Rosero, Corte Interamericana de Derechos Humanos ...124

3. *El derecho a un recurso efectivo y la obligación de investigar, identificar y sancionar a los responsables y de reparar a las víctimas (Artículos 25.1 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) ...125*

Pregunta ...125

Comentario ...125

Artículo 1 inciso 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...126

Caso 10.843, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...126

Caso 10.580, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...134

Caso Aksoy c. Turquía, Corte Europea de Derechos Humanos...135

4. El respeto de las garantías del debido proceso como requisito para la efectividad de un recurso (Artículos 25.1 y 8.1) ...136

Pregunta ...136

Comentario ...136

Artículo 8 inciso 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...137

Caso 10.970, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...137

Caso 10.580, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...140

Caso 10.843, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...141

B. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONAL (ARTICULO 7 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS) ...143

1. Legalidad de la detención. Prohibición de la detención o encarcelamiento arbitrario ...143

Preguntas ...143

Artículo 7, Convención Americana sobre Derechos Humanos...143

Caso Gangaram Panday, Comisión Interamericana de Derechos Humanos ...143

Caso 11.006, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...144

Caso 10.580, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...146

2. *El Derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales ...147*

Preguntas ...147

Artículo 7 inciso 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...147

Comentario ...148

Caso Koster c. Holanda, Corte Europea de Derechos Humanos...148

Artículo 6, Constitución Política de la República de Guatemala...149

Artículo 22 inciso 19 h, Constitución Política de la República de Ecuador ...149

Artículo 12, Constitución de la República del Paraguay ...149

Artículo 21, Constitución Política de la República de Panamá...150

Caso Suárez Rosero, Corte Interamericana de Derechos Humanos ...150

Caso Schiesser c. Suiza, Corte Europea de Derechos Humanos...151

3. *El Derecho a contar con un hábeas corpus o recurso de exhibición personal ...152*

Preguntas ...152

Artículo 7 inciso 6, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...153

Preguntas ...153

Comentario ...153

Ley de Hábeas Corpus No 23.098, Argentina ...154

Código de Procedimiento Penal, Colombia ...156

Artículo 28, Constitución Política de la República de Ecuador...158

El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías, Opinión Consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos...158

Caso 11.006, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...161

C. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL (ARTICULO 5 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS) ...163

Preguntas ...163

Artículo 5 incisos 1,2 y 3, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...163

1. Definiciones de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes ...163

Artículos 1 y 16, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ...163

Artículos 2 y 3, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ...164

Caso 10.970, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...165

Caso 10.832, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...167

2. Obligaciones de los Estados en materia de prevención, investigación y reparación de actos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes...171

a. Obligaciones de prevención ...171

Artículos 2,3,4,10,11 y 15, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes ...171

Artículos 4,5,6, 7 y 10, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ...173

b. Obligaciones de investigar, sancionar y reparar ...174

Artículos 5, 12, 13 y 14, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes ...174

Artículos 8, 9 y 12, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ...175

Caso Ramón Duarte Vera s/ homicidio frustrado, torturas, privación ilegítima de libertad, abuso de autoridad y otros, *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal-Tercer Turno, Paraguay ...176*

D. PROTECCION DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN ...181

1. *El derecho a ser juzgado en un plazo razonable y prisión preventiva (Artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)...181*

Pregunta ...181

Artículo 7 inciso5, Convención Americana sobre Derechos Humanos ... 181

Caso 11.245, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...181

2. *Relación entre los artículos 7 inciso 5 y 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ...190*

Artículo 8 inciso 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...190

Caso 11.245, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...190

Caso Suárez Rosero, Corte Interamericana de Derechos Humanos ...191

3. *Condiciones de detención: garantías mínimas para la protección de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión ...192*

Preguntas ...192

Artículo 5 incisos 4, 5 y 6, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...193

Artículo 10, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...193

Observación General 21, Comité de Derechos Humanos...194

Caso Pelozo, Elsa y otro c/ Servicio Penitenciario Federal y otros s/Daños y Perjuicios, Sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia, Argentina ...195

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Naciones Unidas ...198

Caso Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus, *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Argentina ...198*

4. Mecanismos de protección para amparar a los detenidos o presos de posibles violaciones a sus derechos ...202

Ley de Hábeas Corpus No 23.098, Argentina ...203

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Guatemala ...203

CAPITULO TRES

ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO ...205

A. ALCANCE DE LA PROTECCION ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 8 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS ...207

1. Garantías judiciales aplicables en procesos judiciales de orden penal, civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter (artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) ...207

Preguntas ...207

Artículo 8 inciso 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...207

Artículo 14 inciso 1, Pacto de Derechos Civiles y Políticos...207

Acción de Inconstitucionalidad contra la “Ley de Vagos y Maleantes”, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Venezuela ...208

Comentario ...215

Engels y otros c. Holanda, Corte Europea de Derechos Humanos ...216

Comentario ...218

Caso Ozturk c. Alemania, Corte Europea de Derechos Humanos...218

Comentario ...220

a. El derecho “a ser oído”: acceso a un tribunal ...220

Preguntas ...220

Comentario ...220

Caso Golder c. Reino Unido, Corte Europea de Derechos Humanos ... 221

Caso 10.580, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...221

Caso Alejandrina Guerrero Ortega, Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia ...222

b. El derecho a un tribunal independiente e imparcial ...228

Preguntas ...228

Caso Herman Le Compte, Frans van Leuven and Marc de Meyere c. Bélgica, Corte Europea de Derechos Humanos...229

Caso Campbell y Fell c. Reino Unido, Corte Europea de Derechos Humanos ...229

Caso Piersack c. Bélgica, Corte Europea de Derechos Humanos...229

Informe de la Comisión de Juristas Internacionales sobre la Administración de Justicia en el Perú - Noviembre de 1993 -, Profesor Robert K. Goldman (Director), Dr. León C. Arslanian, Dr. Ferdinando Imposimato y Dr. José Rafucci. ...230

Caso 11.006, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...232

Caso Loayza Tamayo, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ...235

c. El derecho de obtener una decisión en un plazo razonable ...238

Preguntas ...238

Caso Genie Lacayo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos ...238

Caso Guillemin c. Francia, Corte Europea de Derechos Humanos ...240

2. Garantías mínimas del debido proceso aplicables en procesos de naturaleza penal ...245

Artículo 8 incisos 2, 3, 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...245

a. El derecho a la presunción de inocencia (Artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) ...246

Preguntas ...246

Caso 10.970, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...246

Caso Guillermo J. Maqueda, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ...251

b. El derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección. Obligación del Estado de proporcionar un abogado si el inculcado no se defendiese por sí mismo ni nombrase defensor (artículo 8.2 incisos d y e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)...263

Preguntas 263

Caso Artico c. Italia, Corte Europea de Derechos Humanos...264

Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos, (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos...266

c. *El derecho de recurrir un fallo ante tribunal superior (artículo 8.2 inciso h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) ...268*

Preguntas ...268

Caso Guillermo J. Maqueda, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos...268

Caso Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Argentina ...273

Caso Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación, Corte Suprema de Justicia, Argentina ...275

d. Principio non bis in idem (doble enjuiciamiento)(artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) ...278

Preguntas ...278

Caso Loayza Tamayo, Corte Interamericana de Derechos Humanos ...279

Caso 11.006, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...282

CAPITULO CUATRO

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION ...285

A. LA LIBERTAD DE EXPRESION EN LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: GENERALIDADES ...287

Preguntas ...287

Comentario ...287

Artículo 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos...287

Comentario sobre las distintas dimensiones del derecho a la libertad de expresión ...288

B. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESION BAJO LA CONVENCION AMERICANA ...291

1. Consideraciones generales ...291

Preguntas ...291

Artículo 13 incisos 2, 3, 4, y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...291

Comentario...292

La Colegiación Obligatoria de los Periodistas, Opinión Consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos...292

Comentario ...304

2. Las restricciones a la libertad de expresión bajo la Convención Americana: la prohibición de la censura previa ...304

Preguntas ...304

Comentario general ...304

Análisis de los casos Martorell (11.230) y Clark (10.325), adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ...305

Artículo 13 inciso 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos ...307

Comentario ...307

3. Restricciones a la libertad de expresión bajo la Convención Americana: las responsabilidades ulteriores ...308

Preguntas ...308

Comentario ...308

Caso 11.230, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...308

Comentario sobre el caso 10.325, Comisión Interamericana de Derechos Humanos ...313

Comentario sobre el caso 11.012, Comisión Interamericana de Derechos Humanos ...313

Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos ...314

Análisis de la jurisprudencia europea, incluyendo párrafos pertinentes de los casos Lingens, Oberschlick, Castells, y De Haes y Gijssels, Corte Europea de Derechos Humanos ...321

Comentario sobre los casos New York Times vs. L.B. Sullivan, Corte Suprema de Estados Unidos, y Joaquín Morales Solá, Corte Suprema de Justicia, Argentina. ...324

4. El derecho de rectificación o respuesta ...326

Preguntas ...326

Artículo 14, Convención Americana sobre Derechos Humanos...327

CAPITULO CINCO

DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES (DECS)...331

A. DERECHO AL DESARROLLO: ALCANCE Y CARACTERISTICAS, DECLARACION DE LA ONU SOBRE EL DERECHO AL DESARROLLO...333

Preguntas ...333

1. Derecho al desarrollo ...333

El derecho al desarrollo, *Allan Rosas ...333*

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, *Naciones Unidas...334*

B. LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LA CONVENCION AMERICANA. NATURALEZA Y CARACTERISTICAS: REALIZACION PROGRESIVA E INTERDEPENDENCIA ...340

Preguntas...340

1. Comentario general sobre los DESC ...340

La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos...341*

Comentario el artículo 26, Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 1, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ...347

El enfoque integral: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través de los tratados de derechos civiles y políticos, *Martin Scheinin ...348*

La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, *Antonio Augusto Cançado Trindade...350*

2. Justiciabilidad de los DESC...357

Comentario... 357

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, *Victor Abramovich, Christian Courtis...* 357

Los derechos económicos y sociales como derechos legales, *Martin Scheinin* ...362

Comentario sobre los artículos 8 y 13, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ...363

El papel y el potencial de la implementación interna en el fortalecimiento de la naturaleza legal de los derechos económicos y sociales, *Martin Scheinin* ...365

Observación General No. 3, *Comité de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas* ...367

C. EL DERECHO A UN ESTANDAR ADECUADO DE VIDA: EL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA EDUCACION, Y LA SUPERACION DE LA POBREZA ...372

Preguntas ...372

El derecho a un adecuado nivel de vida incluyendo el derecho a la alimentación, *Asbjorn Eide* ...372

Derechos de la salud, *Katarina Tomaševski* ...373

El derecho a la educación, *Manfred Novak* ...374

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, *Organización de los Estados Americanos* ...375

D. RELEVANCIA DE OTROS TRATADOS. IMPORTANCIA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES CONSAGRADOS INTERNAMENTE ...377

Preguntas ...377

Comentario sobre el artículo 4, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 5 (2), Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Naciones Unidas ...377

Ejemplos comparados de normas constitucionales de diversos países de América Latina que consagran derechos económicos sociales y culturales ...378

CAPITULO SEIS

ALGUNOS ASPECTOS TEMATICOS SOBRE LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ...389

A. LA NO DISCRIMINACION Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LOS DERECHOS DE LA MUJER ...391

1. *La Convención Americana, la Convención de Belém do Pará y la protección de los derechos de la mujer. No discriminación: proporcionalidad y razonabilidad ...391*

Preguntas ...391

Normas internacionales sobre discriminación y mujer...391

Artículos II y VII, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ...391*

Artículos 1 y 24, *Convención Americana sobre Derechos Humanos ...392*

Artículo 26, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...392*

La utilización del sistema interamericano de derechos humanos para la protección de los derechos humanos de la mujer, *Elisabeth A. H. Abi-Mershed, Denise L. Gilman...393*

Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva, *Corte Interamericana de Derechos Humanos ...396*

Observación general 18 - No discriminación, *Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ...399*

Observación general 4 - Artículo 3, *Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...402*

2. *Ciertas prácticas violatorias de los derechos humanos de la mujer sobre las cuales se ha pronunciado la Comisión Interamericana ...403*

a. *La violación como tortura ...403*

Preguntas ... 403

Caso 10.970, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...403

Caso Aydin c. Turquía, Corte Europea de Derechos Humanos...407

b. Derecho a la integridad personal, a la protección de la honra y de la dignidad y la privacidad de la mujer ...409

Pregunta ...409

Caso 10.506, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...409

B. LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y LOS DERECHOS AMBIENTALES ...420

1. La Convención Americana: los derechos de las comunidades indígenas y los derechos ambientales ...420

Preguntas ...420

a. Derechos relacionados con las comunidades indígenas...420

Comentario ...420

Situación de Derechos Humanos de un sector de la población nicagüense de origen Miskito ...420

La costumbre de la tribu Saramaca ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Aloeboetoe y otros (Suriname), Corte Interamericana de Derechos Humanos ...425

Caso No. 7615, Comisión Interamericana de Derechos Humanos...429

Comentario sobre el artículo 27, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ...438

Sandra Lovelace v. Canadá, Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ...438

Comentario ...442

Acción de Tutela -Sentencia No. T-254/94, Caso Ananías Narvaez, Corte Constitucional de Colombia ...442

b. El derecho a un medio ambiente sano ...450

Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, Naciones Unidas ...450

Acción de Tutela -Sentencia No. T-405/93 Caso Comunidades Indígenas del Medio Amazonas, Corte Constitucional de Colombia ...452

c. Tendencias contemporáneas en la protección de los derechos ambientales ...454

Comentario ...454

Acción de Tutela -Sentencia No. T-254/94, Caso Organización Indígena de Antioquia (O.I.A.), Corte Constitucional de Colombia ...455

Caso López Ostra, Corte Europea de Derechos Humanos ...458

APENDICE I

MATERIALES PRACTICOS ...465

APENDICE II

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES ...481

INTRODUCCION

Este Manual es el resultado del esfuerzo conjunto del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Centro de Derechos Humanos y Derecho Humanitario del Washington College of Law (American University). Este esfuerzo responde a una necesidad sentida en las Américas, que es la de entrenar a los miembros de la judicatura de los Estados americanos en materia de aplicación interna de estándares internacionales de derechos humanos. Es una iniciativa que suma los esfuerzos de un organismo intergubernamental de carácter público, como es el BID, y una organización de carácter privado, como es el Centro de Derechos Humanos, en favor de la promoción de los estándares internacionales de derechos humanos.

Este esfuerzo se enmarca en objetivos establecidos en la Cumbre de las Américas de Santiago, Chile. El fortalecimiento de la administración de justicia de los Estados de las Américas, siendo uno de los objetivos centrales para el próximo cuatrienio, es una de las tareas críticas para garantizar la vigencia del estado de derecho en dichos Estados. Dentro de las muchas acciones requeridas para apuntalar la importante labor de impartir justicia en cada uno de nuestros países, la educación – también objetivo central de la Cumbre– es un factor esencial para el logro de las metas propuestas.

En el proceso de integración e internacionalización de todos los aspectos de la vida nacional de nuestros países, la aplicación de las normas internacionales relacionadas con la administración de justicia es un objetivo de singular relevancia. Es así como el BID y el Centro de Derechos Humanos han considerado de la mayor importancia que los miembros de las judicaturas nacionales conozcan, analicen y apliquen las normas internacionales vigentes en materia de derechos humanos. Dichas normas son el catálogo básico de garantías fundamentales sobre las cuales se estructura cualquier democracia moderna. Ellas contienen los estándares mínimos en materia de actuación judicial, entre otras cuestiones. Podemos decir sin lugar a dudas que el adecuado cumplimiento de estas normas por parte de los Estados del hemisferio proporcionará un ambiente más propicio para la superación de la pobreza, el crecimiento y el intercambio económico, la seguridad jurídica y el mejoramiento en la calidad de vida de los ciudadanos de las Américas.

Por otra parte, el Manual también constituye un aporte al fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que tiene su sede en la Organización de los Estados Americanos (OEA). La promoción de los derechos humanos es uno de los mandatos fundamentales de la OEA, que se ejecuta a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El BID y el Centro esperan que el aporte de la metodología docente que inspira a este Manual se constituya en un eslabón más de la ya sólida colaboración entre los diferentes actores interesados en esta materia.

El Manual es un instrumento de guía y consulta para tareas de entrenamiento que puede ser utilizado por cualquier autoridad docente. Este documento podrá ser utilizado en escuelas de la judicatura, universidades, talleres dictados por organismos intergubernamentales así como por organizaciones gubernamentales o no gubernamentales.

Una primera experiencia piloto con el Manual se llevó a cabo en noviembre de 1997 en Washington D.C. con la participación de 45 magistrados, jueces y fiscales - de los cuales la mitad eran mujeres- vinculados a la administración de justicia, representando a 18 países de América Latina. Los

participantes asistieron a presentaciones de expertos en derecho internacional y derecho constitucional y realizaron ejercicios prácticos, sobre la base de casos y materiales incluidos en el Manual que se relacionaban con la siguiente temática: relaciones entre derecho interno y derecho internacional, derecho a un recurso efectivo, derecho a la libertad e integridad personal, acceso a la justicia, garantías judiciales, debido proceso, libertad de expresión, y derechos económicos, sociales y culturales.

En esta primera experiencia piloto el Manual de Entrenamiento fue la herramienta central de docencia. Los materiales incluidos en dicho documento fueron utilizados ampliamente por los participantes. Luego de realizar la evaluación correspondiente con los participantes y las entidades organizadoras, se concluyó que el Manual superó con creces las expectativas y se le consideró como documento idóneo para la labor de entrenamiento.

En especial, es importante destacar que los ejercicios prácticos incluyeron la realización de “litigios simulados” o “*moot courts*”, en los cuales los participantes asumen el papel de demandantes, demandados y jueces sobre la base de un caso hipotético desarrollado por los entrenadores. Esta herramienta ha demostrado ser muy efectiva en ejercicios de entrenamiento de corta duración, ya que por la intensidad teórica y práctica que implica el litigio simulado, los participantes rápidamente entran a manejar los instrumentos internacionales y los casos incluidos en el Manual en un contexto que les es familiar, como es el del debate contradictorio en una corte de justicia.

Adicionalmente, a través de este ejercicio, los miembros de la judicatura pueden percibir, de primera mano, que la Comisión y Corte Interamericanas tienen tareas eminentemente jurídicas, y que por lo tanto sus pronunciamientos tienen la validez de sus actuaciones judiciales a efectos de ser aplicadas internamente. Este elemento es de suma importancia teniendo en cuenta que a nivel nacional, organismos tales como la Corte y la Comisión son vistos todavía como entes políticos más que como foros de adjudicación de controversias e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Hasta la fecha hemos tenido noticia de que algunas cortes supremas o constitucionales de países latinoamericanos han usado en sus deliberaciones documentos incluidos en el Manual, a propósito de casos sometidos ante estas instancias internas, lo cual nos incentiva a continuar con una tarea que en tan corto tiempo ya empieza a rendir sus frutos.

Por último, queremos reconocer el trabajo de los doctores Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojea Quintana, quienes además de elaborar el presente Manual, trabajaron en la organización del entrenamiento piloto antes mencionado. También debemos resaltar la colaboración y el apoyo del Dr. Robert Guitteau Jr., Director Ejecutivo del Centro, y de la Lic. Sandra Bartels, consultora del Departamento de Estado y Sociedad Civil, quien desarrolló un trabajo de coordinación interinstitucional sin el cual la elaboración de este Manual no habría sido posible.

Dr. Fernando Carrillo

Dr. Claudio Grossman

Asesor Principal
División de Estado y Sociedad Civil
Banco Interamericano de Desarrollo

Decano,
Washington College of Law
American University

AGRADECIMIENTOS

Los autores agradecen especialmente a las siguientes empresas editoriales y autores que otorgaron autorización para reproducir fragmentos de distintas obras que han sido incorporados en los distintos capítulos del presente Manual:

Dr. Carlos Ayala. Autorización para reproducir fragmentos de su artículo *“La jerarquía de los tratados de derechos humanos”*, que fuera presentado en el seminario organizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en diciembre de 1996.

Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina. Autorización para reproducir fragmentos de:

Mónica Pinto, *“Temas de derechos humanos”*, 1997.

Guillermo Moncayo, *“Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino”*, en *“Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”*, publicado conjuntamente con CELS, 1997.

Víctor Abramovich, Christian Courtis, *“Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”*, en *“Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”*, publicado conjuntamente con CELS, 1997.

Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay. Autorización para reproducir fragmentos del libro *“Derecho internacional público, Tomo IV”*, de los autores Heber Arbuett Vignali, Eduardo Jiménez de Aréchaga y Roberto Puceiro Ripoll, 1991.

Fundación Editorial de Belgrano, Buenos Aires. Argentina. Autorización para reproducir fragmentos del libro *“Estudios de casos y opiniones consultivas”*, Susana Albanese, 1997.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Autorización para reproducir fragmentos de:

Eduardo Jiménez de Aréchaga, *“La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno”*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo 7, 1988.

Claudio Grossman, *“El régimen hemisférico sobre situaciones de emergencia”*, Serie: Estudios de Derechos Humanos, Tomo I, 1994.

Elizabeth Abi-Mershed, Denise Gilman, *"La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Informe Especial en Derechos de la Mujer: una nueva iniciativa para examinar el estatus de la mujer en las Américas"*, en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Mujeres, IIDH y CLADEM, 1997.

Antonio Cançado Trindade, *"La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales"*, en Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo I, 1994, págs. 39-62.

Kluwer Academic Publishers. Autorización para traducir y reproducir fragmentos de:

Allan Rosas, *"The Right to Development"*, en: *"Economic, Social, and Cultural Rights: a Textbook"*, 1995

Martin Scheinin, *"The Integrated Approach: Protection of Economic and Social Rights Through Treaties on Civil and Political Rights"*; *"On the Relationship Between a 'Right' and 'Justiciability'"*; *"The Role and Potentials of Domestic Implementation in Strengthening the Legal Nature of Economic and Social Rights"*, en *"Economic and Social Rights as Legal Rights: a Textbook"*, 1995

Asbjorn Eide, *The Right to an Adequate Standard of Living including the Right to Food*, en: *"Economic and Social Rights as Legal Rights: a Textbook"*, 1995

Katarina Tomasevsky, *"Health Rights"*, en: *"Economic and Social Rights as Legal Rights: a Textbook"*, 1995

Manfred Novak, *"The Right to Education"*, en: *"Economic and Social Rights as Legal Rights: a Textbook"*, 1995

Profesora Cecilia Medina. Autorización para reproducir fragmentos del libro *"Sistemas Jurídicos y Derechos Humanos, el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos"*, 1997.

West Group Company. Autorización para traducir y reproducir fragmentos del libro *"International Human Rights in a Nutshell"* 2d., copyright ©1990.

Finalmente, los autores desean reconocer el trabajo de Carolina González, quien realizó la traducción y edición de parte de los documentos incluidos en el presente Manual.

METODOLOGIA

Consideraciones sobre cómo usar el presente manual

El presente manual de entrenamiento es una compilación de jurisprudencia y doctrina relevante para la protección y promoción de los derechos humanos por parte de aquellos encargados de garantizar su vigencia en los Estados de las Américas. El mismo recoge fragmentos de sentencias, informes y opiniones de órganos internacionales de supervisión y de tribunales judiciales internos, así como apartes de escritos jurídicos de expertos en la materia.

Se divide en seis capítulos en los cuales se consideran los siguientes temas: las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno; la protección judicial y el derecho a un recurso efectivo; el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso; el derecho a la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales; y otros aspectos temáticos sobre la protección internacional de los derechos humanos, tales como derechos de la mujer, derechos de las comunidades indígenas y derechos ambientales.

Dado que la gran mayoría de los Estados de América Latina han ratificado los instrumentos interamericanos sobre derechos humanos, en el manual se pone especial énfasis en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados regionales así como la jurisprudencia desarrollada por la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Cuando resulta pertinente, sin embargo, se incluyen referencias a otros tratados internacionales y a la jurisprudencia adoptada en los sistemas universal y europeo.

El manual contiene además, dos anexos en los cuales se incluyen casos hipotéticos para ser utilizados en las secciones prácticas del entrenamiento e instrumentos internacionales sobre derechos humanos adoptados en el sistema universal y en el sistema interamericano, que son útiles para el estudio de las cuestiones a las cuales se hace referencia en los distintos capítulos de este documento.

Utilización de este manual en un programa de entrenamiento

El manual contiene la información necesaria para desarrollar un entrenamiento que incorpore componentes teóricos y prácticos. El formato de entrenamiento para el cual se diseñó este documento presupone la organización de paneles de especialistas que presenten desde una perspectiva conceptual las distintas cuestiones incluidas en cada capítulo y la realización de actividades de carácter práctico en las cuales los temas analizados en los paneles se planteen en una situación concreta que exija la aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos.

En relación con las sesiones teóricas, se sugiere que los paneles de especialistas se realicen por la mañana con una duración de aproximadamente tres horas, en los cuales participen la totalidad de las personas que integren el grupo a ser capacitado. Se sugiere asimismo que cada sesión teórica incluya dos paneles, con una interrupción entre ambas de al menos media hora. Los panelistas deberán

presentar los temas desde una perspectiva conceptual haciendo referencia, en la medida de lo posible, a los materiales incorporados en el Manual. Los temas que se analicen en las sesiones teóricas deberán ser aquellos relacionados con las sesiones prácticas a fin de que, al final de cada día del entrenamiento, los participantes cuenten con una perspectiva global y crítica de los asuntos discutidos.

Las sesiones prácticas, por su parte, podrán llevarse a cabo por la tarde, con una duración aproximada de dos horas y media. Para facilitar la participación activa de todos los integrantes del grupo, se sugiere que cada grupo sea dividido en subgrupos de no más de 10 personas cada uno. Cada subgrupo deberá ser coordinado por un instructor que estará a cargo de dirigir la discusión y aportar una perspectiva crítica de los materiales analizados en la sesión. Las sesiones prácticas incluirán la discusión de casos hipotéticos o guías de preguntas diseñadas especialmente para analizar, por ejemplo, la decisión de un órgano internacional o de un tribunal local según sea el caso. El Apéndice I de este Manual contiene ejemplos que podrán ser utilizados con este objetivo.

Asimismo, se sugiere que el último día se realice una actividad que incorpore en alguna medida todos los temas analizados durante el entrenamiento a fin de permitir a los participantes adquirir una visión general sobre los temas considerados. En este sentido, una técnica que puede utilizarse es la de “litigio simulado” (*moot court*, en inglés). Esta técnica se organiza sobre la base de un caso hipotético que plantea cuestiones controvertidas que permiten el análisis de los hechos y el derecho desde dos perspectivas distintas: la de quien se considera afectado y la de quien presuntamente es el responsable del daño sufrido por la víctima. La discusión de los hechos y el derecho aplicable planteados en el caso se realiza oralmente ante un “tribunal” que presuntamente tiene la capacidad de decidir sobre las mismas.

La realización de esta actividad requiere que los participantes sean divididos en tres grupos: el primero que actúa en calidad de representante del afectado, el segundo que defiende a la parte presuntamente responsable, y el tercero que actúa como “tribunal ficticio”. Cada grupo deberá analizar y preparar con antelación los argumentos que se presentarán durante la actividad de referencia. A su vez, cada grupo deberá nombrar dos representantes quienes serán los encargados de exponer los alegatos de la parte que representan. Quienes actúen como “jueces”, por otro lado, deberán hacer preguntas que consideren pertinentes para clarificar aquellos puntos de los argumentos orales que resulten más controversiales. Una vez finalizados los alegatos orales, los miembros del “tribunal” se retirarán a deliberar sobre las presentaciones de las dos partes y finalmente presentarán oralmente su decisión. Finalmente, los participantes tendrán la oportunidad de realizar comentarios sobre los distintos aspectos involucrados en el “litigio simulado”.

Esta actividad tendrá una duración aproximada de tres horas distribuidas de la siguiente manera: una hora para discusión en cada grupo, una hora y veinte minutos para los alegatos orales, media hora de deliberación por parte del “tribunal”, y el tiempo restante para presentar la decisión y los comentarios de los integrantes del “tribunal” y de los participantes.

En el caso concreto de los materiales incluidos en este Manual, el caso hipotético diseñado para ser utilizado en el “litigio simulado” presupone la discusión de una petición sobre presuntas violaciones

a derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A tal efecto, los participantes se dividirán entre quienes representen al peticionario o víctima, quienes actúen en calidad de representantes del Estado y quienes actúen como jueces de la Corte Interamericana (véase Ejercicio Práctico N° 3, en el Apéndice I)

Además de servir como revisión de los temas desarrollados en el entrenamiento, la técnica de “litigio simulado” tiene otras ventajas que resulta importante mencionar: en primer lugar, los participantes interactúan con los integrantes de su grupo para preparar los alegatos y luego con la totalidad de los otros participantes durante el desarrollo de la actividad; en segundo lugar, en un tiempo relativamente breve se discuten todos los aspectos fácticos y jurídicos planteados en el caso desde dos perspectivas distintas; finalmente, esta actividad, al realizarse el último día del entrenamiento, permite a los participantes discutir cuestiones jurídicas en un ambiente más informal.

Selección de panelistas y coordinadores de grupo

A modo de recomendación final, resulta importante resaltar que debido a la metodología seguida para la elaboración del presente Manual, la utilización efectiva de los materiales incluidos en éste requiere que los panelistas y coordinadores de grupo seleccionados para participar en las distintas sesiones que integran el entrenamiento sean especialistas en derecho internacional o en derechos humanos.

Página en blanco a propósito

CAPITULO UNO

**RELACIONES ENTRE DERECHO INTERNO
Y DERECHO INTERNACIONAL**

Página en blanco a propósito

A. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD A UN ESTADO: EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL

1. Principios generales de responsabilidad internacional. Atribución de responsabilidad al Estado por la conducta de sus órganos.

Preguntas

¿Cuáles son los elementos que se requieren para que un hecho determinado genere la responsabilidad internacional de un Estado? ¿Puede el poder judicial mediante sus actos hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional?

Yearbook of the international law commission 1973, vol. III
(Report of the Commission to the General Assembly, Document A/9010/Rev.1)
[Traducción no oficial. Notas de pie de página omitidas]

Artículo 1. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Cada hecho internacionalmente ilícito de un Estado conlleva la responsabilidad internacional de ese Estado

Comentario

1. El principio de que cualquier conducta de un Estado, que el derecho internacional caracterice como hecho ilícito, conlleva la responsabilidad de dicho Estado en el derecho internacional es uno de los principios más fuertemente arraigados en la práctica de los Estados y en las decisiones judiciales y más profundamente enraizados en la doctrina del derecho internacional.

. . . .

Artículo 3. Elementos de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado

Existe un hecho internacionalmente ilícito cuando:

- (a) existe una conducta consistente en una acción u omisión atribuible a un Estado según el derecho internacional; y**
- (b) existe una conducta que constituya una violación de una obligación internacional de un Estado.**

1. El artículo 1 establece el principio básico general de que cada hecho internacionalmente ilícito de un Estado conlleva su responsabilidad internacional, mientras que el artículo 2 establece el principio de que todo Estado está sujeto a la posibilidad de ser acusado de haber cometido un hecho ilícito internacional que conlleve su responsabilidad. El artículo 3 suplementa estos dos principios explicando las condiciones requeridas para establecer la existencia de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado, por ejemplo, los elementos constituyentes de un hecho internacionalmente ilícito. Con ese propósito, se distinguen tradicionalmente los siguientes dos elementos, los cuales deben estar siempre presentes: (a) un elemento, generalmente llamado *elemento subjetivo*, que consiste en una conducta que debe ser atribuible no al individuo o grupo de individuos que de hecho la han realizado sino al Estado como sujeto de derecho internacional; y (b) un elemento, generalmente llamado *elemento objetivo*, que indica que el Estado al que se atribuye la conducta en cuestión ha faltado, con la misma, al cumplimiento de una obligación internacional.

....

4. En referencia al *elemento subjetivo*, y más particularmente a la determinación de una conducta susceptible de ser considerada como la conducta del Estado, se puede decir en general que ésta puede ser activa (acción) o pasiva (omisión).

....

5. En segundo lugar, es importante señalar que el único propósito de estipular que para que alguna conducta particular constituya responsabilidad como hecho internacionalmente ilícito, debe ser primero y principalmente una conducta atribuible a un Estado, es indicar que debe ser posible que la acción u omisión se considere un “acto de Estado” en derecho internacional. El Estado es una organización real, pero reconocer esta “realidad” no es negar la verdad elemental de que el Estado como tal no es capaz de una acción física. En el último análisis, por lo tanto, la conducta definida como un “acto de Estado” puede sólo ser una acción u omisión física de un ser humano o grupo de seres humanos. De ahí la necesidad de establecer cuándo y cómo un “acto de Estado” puede ser discernido de una acción u omisión dada. En otras palabras, es una cuestión de determinar quién y en qué circunstancias realizó la acción u omisión para que ésta se atribuya al Estado.

....

7. La segunda condición delineada para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado es que la conducta atribuible al mismo debe constituir una violación de una obligación internacional de éste. Esto es lo que se llama el elemento *objetivo* del hecho internacionalmente ilícito, es decir el elemento específico que lo distingue de los otros actos del Estado que tienen consecuencias en el derecho internacional. El contraste entre la conducta real del Estado y la conducta que jurídicamente debe observar constituye la esencia de la ilicitud.

....

Artículo 5. Atribución al Estado de la conducta de sus órganos

Para el propósito de los presentes artículos, la conducta de cualquier órgano del Estado que tenga ese carácter en el derecho interno del mismo se considerará un acto de dicho Estado bajo el derecho internacional, siempre que el órgano esté actuando en esa capacidad en el caso en cuestión.

Comentario

1. Al observar lo que de hecho ocurre en la vida internacional es posible decir desde el principio que los actos de los órganos del Estado, es decir, de todos los individuos y entidades colectivas que tienen carácter de órganos del Estado en el derecho interno, son por regla general al menos, considerados “actos de Estado”; esto es, se atribuyen al Estado en el derecho internacional con el propósito de caracterizarse si llega el caso, como hechos internacionalmente ilícitos. . . .

Artículo 6. Irrelevancia de la posición del órgano en la organización del Estado

La conducta de un órgano del Estado se considerará un acto del mismo en el derecho internacional tanto si tal órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial u otro poder, si sus funciones son de carácter internacional o interna, como si tiene una posición superior o subordinada en la organización del Estado.

Comentario

1. . . . El propósito del presente artículo es aclarar que la posición de un órgano del Estado en la organización de éste no se toma en consideración al atribuir la conducta del órgano al Estado, esto es, para considerar esa conducta como un “acto de Estado” según el derecho internacional. . . .

2. En la opinión de la Comisión hay tres cuestiones a considerar por separado en cuanto al problema que este artículo pone de manifiesto. La primera es si sólo la conducta de un órgano del Estado responsable de las relaciones “exteriores” puede constituir un hecho ilícito según el derecho internacional, o si la conducta de un órgano que ejerce funciones “internas” también se considera para este propósito. La segunda es si sólo la conducta de un órgano “gubernamental” o “ejecutivo” del Estado puede generar un hecho internacionalmente ilícito o si en la práctica no debe distinguirse en este aspecto entre una acción u omisión de un cuerpo constituyente, legislativo, judicial u otro cualquiera. La tercera es si, para estos propósitos, debe o no hacerse una distinción entre la conducta de un órgano superior o subordinado.

3. En referencia a la primera cuestión, la teoría de que sólo un acto u omisión de un órgano responsable del manejo de las relaciones exteriores del Estado puede generar hechos internacionalmente ilícitos es obsoleta.

. . . .

8. Desde el punto de vista de la Comisión, por tanto, no hay necesidad de apelar a las ideas del desarrollo progresivo del derecho internacional para llegar a la conclusión de que los actos u omisiones de cualquier órgano del Estado -ya sea del poder constituyente o legislativo, el ejecutivo o el judicial- puede atribuirse al Estado como hecho internacionalmente ilícito. Nadie apoya hoy día las antiguas teorías de que los órganos legislativos están exceptuados debido a la “soberanía” del Parlamento, o los órganos judiciales por los principios de independencia del poder judicial o la autoridad de la cosa juzgada (*res judicata*). Los casos en que los Estados basaron sus argumentos en ese tipo de principios, y encontraron tribunales arbitrales dispuestos a aceptarlos, pertenecen al pasado lejano. En la actualidad, la opinión de que las respectivas posiciones de las diferentes ramas del gobierno son importantes sólo en lo que se refiere al derecho constitucional y no tienen consecuencias en ningún caso en el derecho internacional, que se refiere al Estado como entidad única, está firmemente enraizada en las decisiones judiciales internacionales, la práctica de los Estados y la literatura del derecho internacional.

9. Queda por considerar la última de las tres cuestiones mencionadas al principio del comentario al presente artículo; es decir si debería hacerse una distinción más entre los órganos del Estado, basada en el rango superior o subordinado que éstos ocupan en la jerarquía del Estado, para determinar si una acción u omisión de los mismos puede atribuirse al Estado como hecho internacionalmente ilícito. El punto de vista de que los actos u omisiones de un órgano “subordinado” (“subsidiario” o “menor”) pueden atribuirse al Estado como posible fuente de responsabilidad internacional, tanto como los actos u omisiones de órganos superiores, es generalmente aceptado hoy día.

....

16. En conclusión, la Comisión unánimemente reconoció que para los propósitos del presente proyecto, no había justificación para ninguna distinción entre las diferentes categorías de los órganos del Estado. La unidad del Estado requiere que las acciones u omisiones de todos sus órganos, individuales y colectivos, se consideren acciones u omisiones del Estado a un nivel internacional.

...

Cualquier órgano del Estado, si es materialmente capaz de involucrarse en una conducta que entre en conflicto con una obligación internacional del Estado, puede generar un hecho internacionalmente ilícito del Estado. Por supuesto que hay órganos que por la naturaleza de sus deberes, en la práctica tendrán más posibilidades que otros al respecto, pero la diversidad de las obligaciones internacionales no permite una distinción *a priori* entre órganos que pueden cometer hechos internacionalmente ilícitos y aquéllos que no pueden.

Atribución al Estado por la conducta de sus órganos
(Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Internacional Público*, Tomo IV,
Obra dirigida por: Eduardo Jiménez de Aréchaga, de los autores: Heber Arbuét Vignali,
Eduardo Jiménez de Aréchaga y Roberto Puceiro Ripoll,
Fundación de Cultura Universitaria, 2da Edición, julio, 1991)
[Notas de pie de página omitidas]

I. PRINCIPIO GENERAL

La responsabilidad internacional del Estado puede configurarse por los actos u omisiones de cualquiera de sus órganos, cualesquiera sean las funciones que desempeñen. El Estado es responsable por sus órganos, sólo por sus órganos, y por todos sus órganos, cualquiera sea su jerarquía.

La noción de que sólo aquellos órganos encargados de las relaciones internacionales del Estado pueden comprometer su responsabilidad internacional es errónea, puesto que los órganos del Estado que ejercen funciones puramente internas pueden tener la oportunidad de aplicar y, por lo tanto, de infringir reglas de Derecho Internacional que afecten los derechos de otros Estados.

2. LOS ORGANOS LEGISLATIVOS

La posición de los órganos legislativos no difiere en modo alguno de la de los otros órganos del Estado, la Corte Permanente ha establecido que:

“Desde el punto de vista del Derecho internacional y del de la Corte, que es su órgano, las leyes nacionales son meros hechos que expresan la voluntad y que constituyen las actividades de los Estados, en la misma forma en que lo hacen las decisiones judiciales o las medidas administrativas”.

Se desprende de lo expuesto que la promulgación de una ley puede ser conforme o contraria al Derecho internacional y, en este último caso, el Estado incurre en responsabilidad internacional.

Otro corolario considerado por la Corte como “un principio evidente por sí mismo”, es que “el Estado que ha contraído obligaciones internacionales válidas está constreñido a hacer en su legislación interna las modificaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas”. En consecuencia, un Estado incurre en responsabilidad internacional “como resultado, bien de la promulgación de una legislación incompatible con sus obligaciones internacionales, o bien de la falta de legislación necesaria para el cumplimiento de dichas obligaciones”.

El lado negativo de esta formulación debe desarrollarse con mayor precisión. Hay responsabilidad internacional por dejar de aprobar la legislación tan sólo en los casos en que se ha estipulado específicamente que se ha de adoptar una ley como el único medio de cumplir una obligación contenida en un tratado. En otros casos en los cuales una obligación determinada puede satisfacerse sea por una ley o por otros medios, como un reglamento administrativo, por ejemplo, la responsabilidad surge por dejar de cumplir la obligación, ya se deba a la falta de legislación o a cualquier otra deficiencia en la maquinaria del Estado.

De lo expuesto se deriva que la legislación interna no proporciona una medida adecuada del cumplimiento, por parte del Estado, de sus obligaciones internacionales, ni tampoco del alcance de dichas obligaciones. No basta promulgar una buena ley, pero fallar en su aplicación; y, a la inversa, a un Estado no puede hacerse responsable por una falta de aplicación de su legislación vigente, en la parte en que dicha legislación proteja excesivamente los derechos de otros Estados y exceda de lo que se exige por las reglas pertinentes del Derecho Internacional.

La determinación del momento en el cual el Estado incurre en responsabilidad como consecuencia de la promulgación de una ley contraria a sus obligaciones internacionales, es una cuestión que ha sido objeto de controversias y que tienen interés práctico, por ejemplo a los efectos de determinar la existencia de una jurisdicción obligatoria.

A mi juicio, ese momento particular, *"tempus commisi delictum"*, es cuando se sufre realmente el daño que es consecuencia de la promulgación de una ley contraria al Derecho Internacional. Así, la mera aprobación de una ley que autorice expropiar propiedades sin indemnización, no debe generar, normalmente, un reclamo internacional susceptible de plantearse en el terreno judicial. Tal reclamo solo podría plantearse cuando esa legislación sea, de hecho, aplicada. Sin embargo, si la simple aprobación de la ley, por sí misma, ha afectado la posibilidad de venta o el precio de la propiedad de un extranjero, la reclamación sería procedente aunque la ley no se hubiera aplicado todavía.

Debe agregarse que la práctica diplomática autoriza a un Estado que puede verse afectado por un acto legislativo a formular una queja antes de su aplicación, y aun antes de su sanción. Pero la aceptación de esta acción diplomática anticipada no debe confundirse con el derecho a reclamar la reparación de un perjuicio actual y efectivo.

En 1988 los Estados Unidos adoptaron una ley antiterrorista que ordenaba el cierre de las oficinas de la Organización para la Liberación de Palestina. Esa ley conmovió a las Naciones Unidas, que había acordado status de observador a la OLP. La Asamblea General se reunió en sesiones de emergencia, considerando que la ley entrañaba una violación del Acuerdo de Sede entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos, por el cual este país se ha obligado a admitir y conceder visas de entrada a los delegados y observadores invitados por la ONU. Los Estados Unidos se negaron a entrar en negociaciones o a someter el punto al arbitraje previsto en el Acuerdo de Sede, aduciendo que la mera adopción de la ley, aún no aplicada, no bastaba para crear una disputa entre las partes. La Asamblea General solicitó una Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, preguntándole si Estados Unidos tenía la obligación de someterse al arbitraje previsto en el artículo 21 del Acuerdo de Sede.

Estando pendiente ante la Corte este pedido de opinión consultiva, el Procurador General de los Estados Unidos solicitó a los tribunales federales en Nueva York que cerraran la oficina de la OLP, anunciando que no tomaría medidas para cerrarla mientras estuviera pendiente de decisión judicial este pedido. Añadió el Gobierno de los Estados Unidos que hasta que no se pronunciara la Justicia Federal "sería prematuro el arbitraje".

La Corte no aceptó este argumento, diciendo “si bien la existencia de una disputa supone una reclamación que tiene su origen en un comportamiento o una decisión de una de las partes, ello no implica de ningún modo que toda decisión contestada haya sido materialmente ejecutada”. En consecuencia, llegó a la conclusión de que Estados Unidos estaba obligado a someterse al arbitraje.

Pero el desenlace inesperado de esta situación fue que el Juez de Nueva York desechó la demanda del Procurador General, por entender que la ley antiterrorista no era aplicable a la oficina de la OLP ante la ONU.

3. ACTOS NO AUTORIZADOS Y “ULTRA VIRES” DE FUNCIONARIOS EJECUTIVOS

Muchos autores clásicos sostuvieron que no era posible imputar al Estado un acto cometido por un funcionario cuando se ha excedido de la competencia que le atribuye el derecho interno o va en contra de las instrucciones que ha recibido. Este criterio se basa en la consideración teórica de que cuando un órgano va más allá del límite de sus funciones, sus actos no pueden atribuirse al Estado.

De acuerdo con esa lógica, toda la responsabilidad internacional del Estado sería ilusoria, puesto que a un funcionario del Estado casi nunca se le dan instrucciones o se le autoriza a cometer actos ilícitos.

La práctica internacional ha establecido, de modo concluyente, la responsabilidad del Estado por los actos ilícitos de sus órganos, aun cuando tales actos se realicen fuera de los límites de su competencia, y sean contrarios al Derecho interno.

El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional establece que “el comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad pública territorial o de una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público, cuando tal órgano ha actuado en esa calidad” generará responsabilidad aunque “el órgano se haya excedido en su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad” (art 10).

Por otro lado, el Estado no puede ser responsable de los actos y omisiones en que incurran los individuos que también poseen el status de órganos, cuando actúan privadamente.

El factor decisivo es determinar si el agente, aunque actúe más allá del alcance de su competencia, aparece ante los demás como teniendo la condición de órgano del Estado, ya sea invocando dicho carácter, o realizando el acto en el curso normal de sus funciones, o actuando al amparo de su carácter oficial.

Por otra parte, no existe responsabilidad directa del Estado sino tan sólo responsabilidad por falta de prevención o represión (tal como en el caso de actos de individuos) cuando el agente no ejercita ninguna de sus funciones o atribuciones oficiales ni trata de establecer ninguna relación ostensible entre su acción y el cargo oficial, esto es, cuando no existe “apariencia ninguna de procedimiento oficial”.

El artículo aprobado en su primera lectura por la Conferencia de Codificación de La Haya contiene una cláusula de escape de acuerdo con la cual “un Estado, sin embargo, no incurre en responsabilidad internacional si la falta de autoridad del funcionario fuera tan aparente que el extranjero debería haberse dado cuenta de ella y, en consecuencia, hubiera podido evitar el daño”.

Al codificar el régimen general de la responsabilidad estatal -y no simplemente lo relativo al tratamiento de extranjeros- la Comisión de Derecho Internacional rechazó esta cláusula de escape.

La Comisión consideró que de aceptarse una cláusula semejante “se corre entonces el peligro de suministrar al Estado una escapatoria inadmisibles en casos especialmente graves en los que, por el contrario, su responsabilidad internacional debería afirmarse”. Puso como ejemplo el caso “de un Jefe de Estado (que) desencadenara una guerra de agresión, y ello manifiestamente en violación de las disposiciones del Derecho constitucional concerniente a su actividad”. En ese supuesto “sería absurdo no considerar tal acción como un hecho del Estado, fuente, en cuanto tal, de responsabilidad internacional”.

4. ACTOS DEL PODER JUDICIAL

a) Introducción

Los principios de la separación y de la independencia del Poder Judicial en el Derecho interno, y del respeto debido al carácter definitivo de las sentencias judiciales, han ejercido una influencia importante en la forma como el principio general de la responsabilidad del Estado se ha aplicado a los actos u omisiones de los órganos judiciales.

Estos principios básicos de la organización judicial explican la renuencia -que se advierte en algunos laudos arbitrales del siglo pasado para admitir la extensión al poder judicial de la regla de que el Estado es responsable de los actos de todos sus órganos.

En el presente siglo se ha reconocido, sin embargo, la responsabilidad del Estado por los actos del Poder Judicial. Si bien es independiente del Gobierno, el Poder Judicial no es independiente del Estado; la sentencia dictada por una autoridad judicial, emana de un órgano del Estado en la misma forma en que una ley se sanciona por el órgano legislativo o el órgano ejecutivo toma una decisión.

La responsabilidad del Estado por los actos de una autoridad judicial puede surgir de tres tipos diferentes de decisiones judiciales:

La primera es una sentencia de un tribunal interno que sea manifiestamente incompatible con una regla de Derecho internacional.

La segunda es el caso conocido tradicionalmente como “denegación de justicia”.

La tercera se produce cuando en ciertos casos excepcionales y bajo circunstancias claramente definidas, un Estado es responsable por una decisión judicial contraria al Derecho interno.

b. Decisiones manifiestamente incompatibles con una regla de Derecho internacional.

Una sentencia que niega a un embajador o a un Estado extranjero las inmunidades que le atribuye el Derecho internacional consuetudinario; una sentencia en la cual el juez se excede de los límites de la jurisdicción territorial reconocida al Estado por el Derecho internacional; el tratamiento contrario a lo dispuesto en un tratado de extradición acordado a un delincuente fugitivo son todos ejemplos de decisiones judiciales que constituyen violaciones flagrantes del Derecho internacional. En todos estos casos la responsabilidad del Estado está comprometida, puesto que en estos asuntos ningún Estado puede sostener que la opinión de sus tribunales es definitiva.

En la Conferencia de Codificación de 1930 se expresó el temor de que la aprobación de una fórmula general, idéntica a la adoptada con respecto a los órganos legislativos y administrativos, pudiera transformar los tribunales internacionales en órganos de apelación de las decisiones de los tribunales nacionales. En este sentido un delegado recordó que el poder judicial se encuentra constituido "por órganos independientes que no reciben instrucciones o recomendaciones de ninguna parte, y cuya autoridad y prestigio dependen del respeto que inspiren sus fallos y de la firmeza de sus decisiones".

Al fin se acordó una fórmula que proclama la responsabilidad internacional del Estado "como resultado del hecho de que la sentencia judicial, que no esté sujeta a apelación, sea obviamente incompatible con las obligaciones internacionales del Estado". La intención de las palabras subrayadas fue expresar la idea que no se consideró necesario señalar en el caso de los órganos legislativo y administrativo de que "el gobierno reclamante tendrá que presentar pruebas claras para determinar que la decisión es incompatible con las obligaciones internacionales" y que "hay una infracción evidente de una obligación".

c. Denegación de justicia.

El significado correcto de esta expresión ha sido objeto de muchas controversias en los trabajos doctrinarios y en la práctica diplomática. Ello se debe a que el Estado reclamante con frecuencia pretende atribuir a esta expresión un significado tan amplio como sea posible. Esta es una de esas "fórmulas mágicas" como la de "derecho natural" que otorgan mayor fuerza y prestigio a una reclamación.

Sin embargo, una serie de laudos arbitrales, los Estados en la Conferencia de Codificación de 1930 y la doctrina más autorizada, han otorgado a la expresión "denegación de justicia", un significado preciso y limitado. A la luz de esos precedentes y opiniones autorizadas, corresponde establecer una distinción entre el acto del juez que deniega justicia, del que comete una injusticia; entre lo que Grocio llamaba "déní de justice", y "défi de justice".

Existe denegación de justicia únicamente cuando un extranjero no ha obtenido acceso a los tribunales a los efectos de hacer valer sus derechos, o cuando ha ocurrido una demora indebida e inexcusable en dictar sentencia: en otras palabras, cuando ha habido una falta de ejercicio de jurisdicción. En todos los otros casos en que un tribunal local ha dictado sentencia desfavorable a

las pretensiones de un extranjero puede haber “injustice rendue” pero no ex hypothesi “justice dénié”. En consecuencia, no puede existir denegación de justicia cuando los tribunales han dictado su fallo ante una demanda entablada por un extranjero, aun en el caso de que la desestimen por entender que carece de acción.

Atribuir a la expresión “denegación de justicia” su significado correcto no supone adherir a la que ha sido llamada “la doctrina latinoamericana” en la materia. Esta fue la tesis sustentada por Guerrero en su informe a la Conferencia de Codificación de 1930 donde rechazaba toda responsabilidad internacional del Estado por actos judiciales excepto en el caso de una denegación de justicia propiamente dicha. Pero ya hemos señalado que la responsabilidad del Estado por actos judiciales no está limitada solamente a la noción estricta de “denegación de justicia”; puede también configurarse en los casos (1) y (3) indicados anteriormente. Por ende, la responsabilidad por los actos del órgano judicial y la denegación de justicia no son expresiones sinónimas.

La observación precedente no implica, sin embargo, que el significado a atribuirse a la expresión “denegación de justicia” se convierta en una mera cuestión terminológica, desprovista de toda importancia práctica.

En muchos tratados la existencia de una denegación de justicia es la condición previa para llevar a la esfera internacional y eventualmente al arbitraje reclamaciones que eran en su origen demandas privadas de extranjeros, reguladas por el Derecho interno, y normalmente sometidas a la competencia de los tribunales nacionales. Por esta razón, ciertos Estados lograron incluir una definición precisa de denegación de justicia en los textos de 1930. El propósito era asegurar que los tratados concluidos sobre la base del concepto tradicional de denegación de justicia fueran interpretados y aplicados con arreglo a esa noción precisa. Un fallo manifiestamente injusto, o cualquier otra violación del Derecho internacional en que incurriera un tribunal interno, podría desencadenar la responsabilidad estatal, pero la pretensión de que determinada sentencia interna es injusta o inequitativa no constituye, per se, una materia sujeta a arbitraje conforme a esos tratados. Sería necesario un acuerdo especial por el cual se sometiera esa reclamación a arbitraje.

Existe otra consecuencia práctica derivada del uso de una terminología correcta y precisa. Llamar “denegación de justicia” a una reclamación contra el fondo de una decisión judicial interna, constituye un intento de eludir los requerimientos específicos que se exigen para la existencia de responsabilidad internacional en ese supuesto, y evitar así la necesidad de probar la intención maliciosa y el agotamiento de los recursos internos. Ello es así, porque cuando se alega una denegación de justicia, no sería razonable exigir la prueba de una intención maliciosa, que normalmente se da por descontada en caso de tan grave violación; en el mismo sentido, no cabría pretender que el extranjero agote los recursos judiciales internos ante los propios tribunales que han incurrido en denegación de justicia en su perjuicio.

....

Caso 10.843

(CIDH, Informe N° 36/96, Caso 10.843, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997)

78. En este caso no está en cuestión la responsabilidad del Gobierno de Chile ni la de los demás órganos que ejercen el poder público, sino la responsabilidad internacional del Estado chileno.

79. En el desarrollo del presente caso ha quedado acreditada, y el Gobierno no ha negado en ningún momento, la actuación activa y pasiva de agentes del Estado chileno en la autoría y participación en los hechos denunciados por los peticionarios.

80. El Gobierno concuerda en que el Decreto 2191 es contrario a Derecho; reconoce la estrecha relación entre amnistía e impunidad; admite la comisión sucesiva de estos hechos violatorios al derecho a la justicia como una unidad del acto violatorio de los derechos de las víctimas, desde su aprehensión hasta la denegación de justicia, manifestando que el decreto-ley de amnistía “integra dentro de una sola unidad una política de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos que, en los casos de las desapariciones forzadas, se inicia con el secuestro de la víctima, sigue con su ocultamiento, luego con su muerte, continúa con la negación del hecho y concluye con la amnistía de los agentes públicos”.

81. El Gobierno de Chile considera que, como órgano del Poder Ejecutivo, no le son imputables ni tiene responsabilidad alguna en las violaciones que denuncian los peticionarios porque, en cuanto a la auto-amnistía, el Gobierno democrático no ha decretado ninguna ley de amnistía; y en cuanto a la derogación de dicha ley, porque no les es posible por las razones que expone; que esta misma limitación existe en cuanto a la adecuación de las normas internas a las de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que en cuanto a la aplicación de la auto-amnistía no puede actuar sino dentro de la ley y la Constitución que le fijan el marco de su competencia, responsabilidades y capacidades.

82. La circunstancia de que el Decreto-Ley 2191 fue promulgado por el régimen militar no puede conducir a la conclusión de que es imposible separar dicho decreto y sus efectos legales de la práctica general de las violaciones de los derechos humanos de esa época. Si bien el Decreto-Ley fue sancionado durante el régimen militar, sigue aplicándose toda vez que se presenta ante los tribunales chilenos una denuncia contra un presunto perpetrador de una violación de

derechos humanos. Lo que ha sido denunciado como incompatible con la Convención son las continuas consecuencias jurídicas del Decreto-Ley sobre auto-amnistía.

83. Si bien internamente los poderes ejecutivo, legislativo y judicial son distintos e independientes, los tres poderes del Estado conforman una sola unidad indivisible del Estado de Chile que, en el plano internacional, no admite tratamientos por separado y, por ello, Chile asume la responsabilidad internacional por los actos de sus órganos del poder público que transgreden los compromisos internacionales derivados de los tratados internacionales.

84. El Estado chileno no puede justificar, desde la perspectiva del Derecho internacional, el incumplimiento de la Convención, alegando que la autoamnistía fue decretada por el gobierno anterior o que la abstención y omisión del Poder Legislativo de derogar dicho Decreto-Ley, o que los actos del Poder Judicial que confirman su aplicación, nada tienen que ver con la posición y responsabilidad del Gobierno democrático, ya que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 27 que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

85. La Corte Interamericana ha sostenido 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 mismo aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”.

86. La responsabilidad por las violaciones causadas por el Decreto-Ley 2191, promulgado por el régimen militar que detentó el poder en forma antijurídica y arbitraria, no derogado por el Poder Legislativo actual y aplicada por el órgano jurisdiccional, recae en el Estado de Chile, con prescindencia del régimen que la sancionó o del Poder del Estado que la aplicó o hizo posible su aplicación. No puede haber duda alguna de la responsabilidad internacional del Estado chileno por los hechos que, si bien ocurrieron durante el gobierno militar, aún no han podido ser investigados y sancionados. De conformidad con el principio de la continuidad del Estado, la responsabilidad internacional existe independientemente de los cambios de gobierno. En tal sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que: “Según el principio del derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento que se produce 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”.

2. Atribución de responsabilidad en el marco de la Convención Americana: la obligación de respetar y garantizar del artículo 1.1

Pregunta

¿Cómo ha desarrollado la Corte Interamericana la cuestión de la atribución de responsabilidad a un Estado Parte, bajo el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 1.1

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

Caso Velásquez Rodríguez

(Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4)

160. El problema planteado exige a la Corte un examen sobre las condiciones en las cuales un determinado acto, que lesione alguno de los derechos reconocidos en la Convención, puede ser atribuido a un Estado Parte y comprometer, en consecuencia, su responsabilidad internacional.

. . . .

162. Este artículo 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 esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención.

. . . .

164. 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.

165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. 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. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión,

“... 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 legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar

limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).”

166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención 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 manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

167. 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 la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

168. La obligación a cargo de los Estados es, así, mucho más inmediata que la que resulta del artículo 2 [de la Convención]

169. 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.

170. Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, 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.

171. El mencionado principio se adecúa perfectamente a la naturaleza de la Convención, que se viola en toda situación en la cual el poder público sea utilizado para lesionar los derechos humanos en ella reconocidos. 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 previsto en la Convención.

172. 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. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por

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

173. Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención.

174. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

175. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda 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. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto.

176. El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

177. En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un 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. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

B. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Generalidades

Pregunta

¿Cuáles son las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos?

Comentario

Las fuentes del derecho internacional se encuentran enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. De acuerdo a esta norma y a la interpretación que de ellas ha hecho la doctrina, estas fuentes se pueden clasificar en fuentes principales y fuentes auxiliares. Las fuentes principales son los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho. Las fuentes auxiliares, también llamadas subsidiarias, son la jurisprudencia y la doctrina. Esta enumeración, si bien desarrollada en el derecho internacional general, resulta plenamente aplicable al derecho internacional de los derechos humanos por cuanto, si bien una rama especializada, esta área se nutre de los principios elaborados en el marco del primero.

Esta sección tiene por objeto brindar una aproximación general al tema de las fuentes del derecho internacional sobre la base de la opinión de expertos en el área y del alcance que los órganos del sistema interamericano le han otorgado en su jurisprudencia. A tal efecto, y sin pretensión de ser exhaustivos, se analizan cuestiones relativas a la costumbre internacional, los tratados y el valor de la jurisprudencia.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos

(Cecilia Medina, *"Sistema Jurídico y Derechos Humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos"*, 1997)

[Notas de pie de páginas omitidas]

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que la Corte, para resolver las controversias internacionales que se sometan a su conocimiento, deberá aplicar las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. La disposición autoriza también a la Corte para utilizar, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

El artículo 38, como se advierte, se refiere sólo a las normas aplicables en caso de conflictos. El derecho internacional, sin embargo, opera también en etapas anteriores a ésta y es posible, por lo tanto, que los Estados se conduzcan de acuerdo a lo que ellos perciben como normas y que éstas estén contenidas en otras fuentes que aquéllas mencionadas en el artículo citado. Hay, pues, otras fuentes del derecho internacional, como por ejemplo los actos jurídicos unilaterales y las decisiones de las organizaciones internacionales.

El derecho internacional de los derechos humanos está contenido mayoritariamente en tratados. Sin perjuicio de ello, la costumbre y los principios generales del derecho cumplen aun un papel en este campo. Naturalmente, la obligatoriedad internacional de todas estas fuentes es evidente.

Los principios generales del derecho no se encuentran a menudo expresamente formulados en los tratados sobre derechos humanos, ya que derivan del derecho internacional general o de los ordenamientos jurídicos nacionales. Algunos de ellos, sin embargo, son particularmente relevantes para esta rama del derecho, como por ejemplo la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos por parte de los Estados y el principio de *pacta sunt servanda*. Un principio que es propio del derecho internacional de los derechos humanos es el principio de no discriminación, que subyace a todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente y que informa todos los aspectos del ejercicio y goce de dichos derechos.

A diferencia de las fuentes anteriormente citadas, se discute el valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales en aquella parte en que no son en principio, vinculantes para los Estados miembros de las mismas. El debate es importante para el derecho internacional de los derechos humanos, ya que éste es objeto frecuente de resoluciones de las Naciones Unidas o de la Organización de los Estados Americanos.

Se han dado diversos argumentos para asignar valor a ciertas resoluciones de organizaciones internacionales, particularmente a aquéllas provenientes de las Naciones Unidas. Se dice, en una primera aproximación, que una resolución que contenga una simple interpretación de una disposición de la Carta debería ser considerada como vinculante para los Estados miembros de la ONU, ya que gozaría del mismo *status* legal que la propia disposición interpretada. Esta posición ha sido defendida sólidamente por la doctrina en relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y lo mismo ha sucedido con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que se considera una elaboración de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En una segunda aproximación se señala que, en la medida en que una resolución contiene expresamente el deseo de los que la adoptan de que la violación de lo allí contenido constituirá una violación de la Carta de las Naciones Unidas, esa resolución constituye un compromiso internacional, por lo menos para aquellos Estados que votaron a favor de la resolución. Una tercera manera de explicar el valor legal de las resoluciones es la de algunos autores que sostienen que el voto de la Asamblea General puede llegar a representar, acompañado de otras manifestaciones, la práctica necesaria y suficiente para crear una norma de derecho consuetudinario, ya que constituiría tanto una expresión de la conducta objetiva de los Estados como una manifestación de la *opinio juris*.

Como puede verse, ninguna de las opiniones atribuye a una resolución la capacidad de crear, por sí sola y de manera inmediata, obligaciones para los Estados, pero ellas señalan los criterios que deben guiar el examen de la misma para decidir qué valor jurídico tiene. Cada resolución debe ser examinada para ver: (i) si es una elaboración de una disposición contenida en un tratado; (ii) si aparece de manifiesto en la misma que los Estados consideran su violación como una violación de la Carta; (iii) si la resolución puede, en conjunto con otros actos, constituir práctica y *opinio juris* suficiente para considerar el contenido de la resolución como normas de derecho consuetudinario.

Si no puede atribuirse fuerza vinculante a la resolución para todos los Estados o para los Estados firmantes, ésta juega de todos modos un papel en el derecho internacional. Dependiendo del número de Estados que la firmaron y de la representatividad de los mismos (por ejemplo, si los Estados provienen de las distintas regiones del mundo), la resolución será una guía orientadora utilizable para precisar el alcance y contenido de un derecho humano establecido en algún tratado.

2. Costumbre internacional

Comentario

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la costumbre internacional no ocupa necesariamente un papel relevante como fuente normativa pues la mayoría de los estándares aplicables en esta materia se encuentran contenidos en tratados. A ello debe sumarse el hecho de que en el contexto latinoamericano, los Estados de la región han mayoritariamente ratificado dichos tratados.

No obstante ello, una cuestión que merece análisis cuando se habla de costumbre internacional en el área de los derechos humanos es el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Dichas declaraciones, si bien adoptadas originalmente como normas no obligatorias, han adquirido con el tiempo fuerza legal. De este modo, cuando se analiza el estatus de ambos instrumentos la discusión se centra en determinar si su carácter vinculante es el resultado de haberse transformado en una norma consuetudinaria o bien si se deriva del hecho de ser considerada una interpretación autorizada de las obligaciones de derechos humanos contenidas en la Carta de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos, respectivamente.

En el contexto latinoamericano, la discusión parece haber sido superada en algunos Estados, pues como resultado de reformas constitucionales implementadas en los últimos años, tanto la Declaración Universal como la Americana han recibido jerarquía constitucional.

- a. Valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

Preguntas

¿Cuál es el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos? ¿Es vinculante la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de acuerdo a la jurisprudencia de la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos? ¿Cómo aplicaría estos instrumentos si la Constitución de su país les otorgara rango constitucional (véase artículos de las Constituciones de Argentina y Nicaragua)?

Declaración Universal de los Derechos Humanos: efecto jurídico e importancia política

(Thomas Buergenthal, *International Human Rights in a Nutshell*, 2d.,
copyright ©1990, West Group)

La Declaración Universal no es un tratado. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas como una resolución sin fuerza de ley. Su propósito, según su preámbulo, es proveer “un entendimiento común” de los derechos humanos y las libertades fundamentales a que se refiere la Carta de las Naciones Unidas, y servir “como una norma común para ser alcanzada por todos los pueblos y todas las naciones. . . .”

En las décadas que han pasado desde su adopción en 1948, la Declaración ha cambiado dramáticamente. Hoy, pocos abogados internacionalistas negarían que la declaración es un instrumento normativo que al menos crea algunas obligaciones legales para los estados miembros de las Naciones Unidas. La discusión sobre su valor jurídico no tiende a establecer que la misma carece de toda fuerza legal. El desacuerdo se concentra en la cuestión de cuáles de todos los derechos que proclama son vinculantes y en qué circunstancias, y si este carácter vinculante deriva de su estatus como una interpretación autorizada de las obligaciones de derechos humanos contenidas en la Carta de las Naciones Unidas, su estatus como derecho internacional consuetudinario, o de su estatus como un principio general del derecho. [Ver *Restatement (Third)* § 701, Reporters' Notes 4-6; Sohn, “The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than States” 32 Am. U. L. Rev. 1 16-17 (1982); L. Henkin, *The Age of Rights* 19 (1990); Simma & Alston, “The Source of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles,” 12 Australian Y.B. Int'l L. 82 (1992)].

El proceso que condujo a la transformación de la Declaración Universal de una recomendación no vinculante a un instrumento de carácter normativo comenzó, al menos en parte, como resultado del esfuerzo en redactar y adoptar los Pactos que permanecían estancados en las Naciones Unidas por casi dos décadas. Durante ese tiempo la necesidad de normas con autoridad que definieran las obligaciones de los estados miembros respecto a los derechos humanos se hizo más urgente. Al pasar el tiempo, la declaración se empezó a usar con más frecuencia con ese fin. Cuando los gobiernos, la ONU u otra organización internacional quería invocar normas de derechos humanos o condenar la violación de éstos, se referían y dirigían a la declaración como la norma aplicable. Por tanto, la Declaración vino a simbolizar aquello que la comunidad internacional consideraba como “derechos humanos,” reforzando la convicción de que todos los gobiernos tienen una obligación de asegurar el disfrute de los derechos proclamados por ésta.[Ver Humphrey, “The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character,” in B. Ramcharan (editor), *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration* 21, at 28-37 (1979)].

El significado jurídico de este proceso ha sido analizado al menos de tres modos. Algunos abogados internacionalistas y gobiernos han mantenido que la aplicación continua de la Declaración Universal por parte de la ONU al interpretar las disposiciones de derechos humanos recogidas en la Carta de las Naciones Unidas, lleva a la conclusión de que la Declaración se acepta como una interpretación autorizada de dichas disposiciones. De acuerdo a esta posición, los Estados Miembros de la ONU han acordado que tienen una obligación bajo la Carta de promover “el respeto universal

y la observancia de" los derechos que la Declaración proclama.[Waldock, "Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention" in *The European Convention of Human Rights* 1, at 14 (Int'l & Comp. L. Supp. Publ. No. 11, 1965); Buergental, "International Human Rights Law and Institutions: Accomplishments and Prospects", 63 Wash. L. Rev. 1, at 9 (1988)]. La cuestión de si un estado puede ser acusado de violar esta obligación cuando niega todos estos derechos, algunos o incluso uno de estos derechos, dependerá de la interpretación dada a los compromisos establecidos por el artículo 55 (c) de la Carta en conjunción con el artículo 56.

Otra postura que está ganando apoyo es la que considera que la aplicación y referencia continua de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales configura el requisito de práctica estatal capaz de generar una norma de derecho internacional consuetudinario. Esta teoría lleva a la conclusión de que la Declaración o al menos algunos de sus artículos se han convertido en derecho consuetudinario internacional. Un cuidadoso análisis de la práctica relevante de los estados sugiere, sin embargo, que no todos los derechos proclamados en la Declaración han adquirido hasta la fecha dicho estatus. Esta es la razón por la que el Tercer Re-enunciamento [Restatement (Third)] caracteriza sólo algunos de los derechos proclamados en la Declaración Universal como derecho consuetudinario internacional. Sin considerarse exhaustivo, este documento enuncia las siguientes prácticas gubernamentales como violaciones del derecho internacional: genocidio, esclavitud, asesinato o desaparición de individuos, tortura, u otro tratamiento cruel, inhumano o degradante, detención arbitraria prolongada, discriminación racial sistemática y práctica consistente de violaciones graves de derechos humanos internacionalmente reconocidos.[*Restatement (Third)* § 702, *See also* T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* 92-95 (1989) (contiene un análisis muy útil de los procesos para llegar a conclusiones de este tipo)].

Un distinguido comentarista ha combinado las dos teorías arriba expuestas en el siguiente enunciado:

La Declaración . . . es considerada actualmente como una interpretación autorizada de la Carta de la ONU, que enuncia en forma detallada el contenido de la frase "derechos humanos y libertades fundamentales", es decir aquellos derechos y libertades fundamentales que los Estados Miembros se comprometieron en la Carta a promover y observar. La Declaración Universal se ha unido a la Carta . . . como parte de la estructura constitucional de la comunidad mundial. La Declaración como catálogo autorizado de derechos humanos se ha convertido en el componente básico del derecho consuetudinario internacional, vinculante para todos los estados, no sólo para los miembros de las Naciones Unidas.

Sohn, "The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than States," 32 Am. U.L. Rev. 1, at 16-17 (1982).

Está por ver si esta caracterización de la Declaración Universal va a adquirir aceptación general, particularmente si se entiende como la imposición a todos los estados de la obligación de acatar cada una de las provisiones. Algunos comentaristas están ahora lanzando un tercera teoría, que caracteriza varias normas internacionales de derechos humanos, incluyendo la Declaración

Universal, como reflejo de un aspecto dinámico moderno de los principios generales del derecho. [Simma & Alston, "The Source of Human Rights Law: Customs, Jus Cogens, and General Principles" 12 Australian Y.B. Int'l L. 82 (1992). See also Charney, "Universal International Law" 87 Am. J. Int'l L. 529, 549 (1993)]. Cualquiera que sea la teoría, está claro hoy que la comunidad internacional atribuye un estatus especial moral y normativo a la Declaración Universal que ningún otro instrumento de esta clase lo ha adquirido. Ver p.e., Preámbulo de la Declaración de Viena, adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, junio de 1993.

Caso 9647 (Estados Unidos)

(CIDH, Resolución No. 3/87, Caso 9647, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1988, OEA/Ser.L/V/ II.71, Doc. 9 rev. 1, 22 de septiembre de 1987)
[Notas de pie de página omitidas]

I. INTRODUCCION

A. Resumen de la petición y de los hechos materia de la misma

1. Los peticionarios son James Terry Roach y Jay Pinkerton, sentenciados y ejecutados bajo la pena de muerte en los Estados Unidos por delitos por los cuales fueron juzgados y que cometieran antes de cumplir los dieciocho años de edad.
2. Los peticionarios están representados por David Weissbrodt y Mary McClymont. La Unión Americana para las Libertades Civiles (American Civil Liberties Union) y el Grupo Internacional de Abogados de Derechos Humanos (International Human Rights Law Group) también se han adherido a la denuncia. Asimismo, Amnistía Internacional presentó una denuncia ante la Comisión en la que alegaba que la inminente ejecución de James Terry Roach, aunque legal en los Estados Unidos, violaba el derecho internacional. Dieciocho organizaciones han manifestado a la Comisión su apoyo a esa denuncia.
3. James Terry Roach fue condenado por la violación y homicidio de una niña de catorce años y el asesinato de su novio de diecisiete años de edad. Roach cometió estos delitos a la edad de diecisiete años y fue sentenciado a muerte por el Tribunal de segunda instancia (General Session Court) del condado de Richland, Carolina del Sur, el 16 de diciembre de 1977. En tres oportunidades diferentes Roach interpuso recursos de revisión (writ of certiorari) ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, todas las cuales fueron rechazadas. Además, agotó todas las posibilidades de apelación ante los juzgados estatales y federales y el 10 de enero de 1986 fue ejecutado.
4. Jay Pinkerton fue condenado por intento de violación y homicidio cometidos a la edad de diecisiete años. Su sentencia de muerte fue apelada ante la Corte Suprema del Estado de Texas, la cual ratificó el fallo del tribunal de primera instancia. La Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó a Pinkerton el recurso de revisión (writ of certiorari) el 7 de octubre de 1985. Pinkerton fue ejecutado el 15 de mayo de 1986.

5. El 23 de febrero de 1987, la Corte Suprema de los Estados Unidos anunció que consideraría en su próxima sesión el caso Thompson v. Oklahoma, aceptando así por primera vez considerar el asunto de la ejecución de delincuentes menores de edad. La Corte Suprema decidirá si la sentencia y ejecución de un delincuente menor de edad viola el principio constitucional que prohíbe la pena “cruel e inusitada”.

6. En su petición ante la Comisión los interesados alegan que los Estados Unidos violaron el Artículo I (derecho a la vida), el Artículo VII (derecho especial de protección a la infancia) y el Artículo XXVI (prohibición contra penas crueles, infamantes o inusitadas) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al ejecutar a personas por crímenes cometidos antes de la edad de dieciocho años. Los peticionarios alegan la violación de su derecho a la vida garantizado por la Declaración Americana la cual se sustenta en el derecho internacional consuetudinario que prohíbe la ejecución de personas que cometen crímenes antes de la edad de los dieciocho años.

. . . .

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

A. Los peticionarios

34. Los peticionarios alegan que, al imponerse la pena de muerte para los casos de James Terry Roach y Jay Pinkerton por crímenes cometidos antes de los dieciocho años, las Cortes de los Estados Unidos han violado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En forma específica los peticionarios alegan violaciones del Artículo I (derecho a la vida), del Artículo VII (protección especial de la niñez) y del Artículo XXVI (penas crueles, infamantes o inusitadas) de la Declaración Americana informado por el derecho internacional consuetudinario que prohíbe la imposición de la pena de muerte por crímenes cometidos por menores de dieciocho años.

35. Los peticionarios afirman que los Estados Unidos están jurídicamente vinculados al Estatuto de la Comisión por ser un Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos y que, por lo tanto, están obligados a respetar los derechos consagrados en la Declaración Americana.

36. El caso de los peticionarios reúne los requisitos de admisibilidad del Artículo 37 del Reglamento de la Comisión, puesto que los peticionarios han agotado todos los recursos internos. Los tribunales estadounidenses, tanto los federales como los estatales, se negaron a considerar el reclamo hecho por los peticionarios de que la imposición de la pena de muerte a delincuentes menores está prohibida por la Constitución.

37. La queja de los peticionarios podría resumirse como sigue:

(a) La imposición de la pena de muerte a menores viola la Declaración Americana que forma parte del derecho internacional general.

(b) Los Estados Unidos están obligados legalmente por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La Declaración Americana debe ser interpretada de acuerdo con los cánones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) porque la Convención representa un consenso mundial sobre la forma en que deben entenderse estos instrumentos internacionales.

(c) Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena establecen las normas principales para la interpretación de los tratados y de otros instrumentos internacionales. Según el Artículo 31 de la Convención de Viena, los términos de la Declaración Americana deben interpretarse de conformidad con su sentido común y corriente y a la luz del objeto y fin del tratado. Considerando en conjunto los Artículos I, VII y XXVI, según su sentido común y corriente y a la luz del objeto y fin de la Declaración, estos deben interpretarse como una prohibición de la ejecución de personas que cometen delitos a una edad menor de los dieciocho años.

(d) El Gobierno de los Estados Unidos se equivoca al afirmar que los derechos de la Declaración “deben interpretarse en términos de las intenciones de los Estados miembros en el momento de adhesión a la Declaración y no en términos de las normas cambiantes del derecho internacional consuetudinario.” Este enfoque rígido y estático de la interpretación de la Declaración está en conflicto con los términos de la Declaración, las normas de la Convención de Viena, el significado que normalmente asignan los organismos internacionales a estos documentos sobre derechos humanos, la práctica de la Comisión y la jurisprudencia de los Estados Unidos en la aplicación de su propio derecho interno. El preámbulo a la Declaración Americana dice: “La protección internacional de los derechos del hombre debe ser la guía fundamental del derecho americano en evolución...” (Se ha agregado el énfasis).

(e) Al interpretar los términos de la Declaración Americana a la luz de su objeto y fin, la Comisión debe prestar atención especial al Artículo XXVI que prohíbe “penas crueles, infamantes o degradantes”. Este artículo tiene un alcance más amplio que la prohibición constitucional de los Estados Unidos contra penas crueles e inusitadas. Se reconoce a los menores como faltos de madurez y, por ende, que son más susceptibles a influencias varias y a presiones psicológicas. Dar muerte a un joven que no ha tenido la oportunidad de llegar a la madurez del adulto es una “pena de extrema crueldad”, y por tanto, el Artículo XXVI debe interpretarse como una prohibición contra la ejecución de menores. Se deduce entonces, que tomados en su sentido común y corriente, y a la luz del objeto y fin de estos artículos, los Estados Unidos están violando la Declaración Americana al ejecutar a menores de edad.

(f) El Artículo 31 de la Convención de Viena también se acoge a “las normas pertinentes del derecho internacional” para ayudar en la interpretación de los tratados. Por ello la Comisión debe tomar en cuenta la norma del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la ejecución de menores de edad. Dicha prohibición ha obtenido el status de ley internacional consuetudinaria. De

acuerdo con el Artículo 38 (l) (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, “la costumbre internacional, como evidencia de una práctica generalizada y aceptada como ley”, es una de las fuentes del derecho internacional. Los tratados son evidencia clara de la práctica de un Estado, especialmente si va acompañado por opinio juris, o afirmaciones en el tratado o los trabajos preparatorios que indiquen que la disposición contenida en el tratado es la reafirmación de leyes consuetudinarias ya existentes.

(g) Los principales documentos o instrumentos sobre derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 4 (5)), el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (Artículo 6 (5)) (en adelante “Pacto Internacional”), y la Cuarta Convención de Ginebra, (Artículo 68), prohíben la imposición de la pena de muerte a personas menores de dieciocho años de edad.

El Artículo 4(5) de la Convención Americana dice: “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 aplicará a las mujeres en estado de gravidez.” La Cuarta Convención de Ginebra dice en el Artículo 68, en su parte pertinente:

En ningún caso se pronunciará la pena de muerte sobre una persona amparada que tuviera menos de dieciocho años en el momento del delito.

Hasta el 1º de enero de 1986, 162 Estados eran parte de esta Convención, incluyendo los Estados Unidos. Esta Convención se aplica en tiempos de conflictos armados internacionales. El Artículo 68 prohíbe la ejecución de civiles y personal militar fuera de combate que cometan delitos siendo menores de dieciocho años. Si prácticamente todas las naciones, incluyendo los Estados Unidos, están de acuerdo con este concepto en períodos de conflicto armado internacional, la norma que protege a delincuentes juveniles contra la ejecución debe ser aplicable aún con mayor fuerza en tiempos de paz.

(h) Lo que es más, aproximadamente dos terceras partes de las naciones del mundo han abolido la pena de muerte o la han prohibido para menores al adherirse a los mencionados documentos sobre derechos humanos. Aunque la “Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales” de 1950 del Consejo de Europa, en su Artículo 2 permitía la pena de muerte, su Protocolo Nº 6 refleja una filosofía abolicionista evolucionante y estipula: “La pena de muerte deberá abolirse. Nadie deberá ser condenado a tal pena o ejecutado.”

Los peticionarios hacen notar que los trabajos preliminares de estas Convenciones demuestran que dichas prohibiciones contra la ejecución de menores son en efecto codificaciones del derecho internacional consuetudinario, según se observa por los debates que tuvieron lugar durante el desarrollo de estas Convenciones.

(i) Como prueba adicional de la práctica de los Estados con respecto a la ejecución de las personas condenadas a muerte, los peticionarios presentan la información compilada por Amnistía Internacional, la que indica que desde 1979 se han ejecutado 11.000 personas en 80 países. Sin embargo, sólo seis de los ejecutados eran delincuentes menores de dieciocho años. Las ejecuciones ocurrieron en solamente cuatro naciones, una de ellas los Estados Unidos.

Inclusive en los Estados Unidos, las leyes de diferentes jurisdicciones que permiten la aplicación de la pena de muerte reconocen la situación única del delincuente juvenil. Por lo menos 21 estados establecen una edad mínima para la imposición de dicha pena. Por tanto, y aunque los datos están incompletos, la información disponible demuestra que tanto las diferentes leyes nacionales como el pequeño número de ejecuciones de menores en la mayor parte del mundo, son prueba adicional de que existe una norma de derecho consuetudinario que prohíbe la ejecución de delincuentes que perpetraron los delitos siendo menores de edad.

.

B. El gobierno

38. El Gobierno de Estados Unidos considera que la ausencia de una disposición dentro de la legislación interna del país que prohíba explícitamente la ejecución de “delincuentes juveniles en materia grave” no es incongruente con las normas sobre derechos humanos aplicables a los Estados Unidos. La Comisión debe referirse a las normas pertinentes de la Declaración Americana ya que los Estados Unidos no son Parte de la Convención Americana. El argumento podría resumirse de la siguiente manera:

(a) La Declaración Americana guarda silencio sobre la pena capital puesto que el Artículo I simplemente manifiesta: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona.” Los antecedentes de la elaboración de la Declaración prueban que el Artículo I no tenía el propósito de afectar la prerrogativa legislativa de los Estados americanos con respecto a la pena capital. Una Declaración que no limita expresamente las circunstancias bajo las cuales puede imponerse la pena de muerte, no puede interpretarse como un impedimento a la prerrogativa razonable que tienen los Estados para establecer por sí mismos la edad mínima en la cual juzgan apropiado imponerla.

(b) Los redactores de la Declaración consideraron y declinaron adoptar normas específicas sobre el tema de la pena capital. La cláusula que la prohibía, salvo en casos de crímenes excepcionales, fue eliminada del borrador final. El debate que precedió la adopción del Artículo I demuestra que no podrá lograrse una norma sobre la pena capital debido a la diversidad de las legislaciones nacionales del Hemisferio. Por tanto, los Estados Unidos podían y pueden legislar según su propio criterio sobre esta materia.

(c) Sólo el Artículo I está en disputa, porque si no se incorporó en la Declaración Americana una norma sobre la pena capital, tampoco podría hallarse una prohibición contra la ejecución de menores “tácitamente incluida” dentro de los otros derechos. El Artículo VII sobre la

protección y cuidado de la mujer y la infancia no se consideró como extensivo a los menores convictos de crímenes graves. No existe un antecedente oficial de la intención de los redactores del Artículo, pero la palabra “infancia” no se utilizó para referirse a jóvenes próximos a los dieciocho años de edad.

Tampoco existe antecedente oficial de la intención de los redactores con respecto a la prohibición contra “penas crueles, infamantes o inusitadas” del Artículo XXVI. Sin embargo, en la época en que se redactó el documento la práctica de la pena de muerte era generalizada y por lo tanto, no podía ser considerada como cruel o inusitada.

Ninguno de los tres artículos de la Declaración citados por los peticionarios trata de la pena de muerte o establece el momento en que se llega a la mayoría de edad. El Gobierno de Estados Unidos cree que la Declaración guarda silencio deliberadamente sobre la cuestión de la pena capital, y por ende no existe, a propósito, limitación en la prerrogativa legislativa de los Estados Americanos para imponer la sentencia de muerte.

(d) No se debe apelar a la Convención de Viena para interpretar la Declaración Americana ya que ésta no es un tratado y no es obligatoria para los Estados Unidos. El Gobierno estadounidense no está de acuerdo con la Comisión en el Caso No. 2141 (Estados Unidos), en cuanto a que la Declaración adquirió fuerza obligatoria con la adopción de la Carta revisada de la OEA. Res.23/81, OEA/Ser. L/V/II.52, Doc. 48, marzo 6 de 1981. La Declaración no fue elaborada con la intención de establecer obligaciones legales, y por tanto, la Comisión debe tener cuidado especial en no rechazar el significado explícito “cuando la intención de los autores está manifiesta en un artículo determinado.”

Aún suponiendo que la Convención de Viena pudiera aplicarse a la Declaración, los peticionarios no han demostrado el “significado exacto” de los Artículos I, VII o XXVI. Cada uno de éstos es “ambiguo” sobre la prohibición de la pena de muerte para menores. Por ello, se hace necesario recurrir a los trabajos preparatorios.

(e) Los peticionarios solicitan que la Comisión considere la Convención Americana y demás instrumentos internacionales para “interpretar” la Declaración en el sentido de que incluiría el principio contenido en el Artículo 4(5) de la Convención. Ello requiere que la Comisión vaya más allá de su facultad interpretativa. Las normas específicas de la Convención Americana, como la prohibición de la aplicación de la pena de muerte a menores de edad, son obligatorias solamente para aquellos Estados Partes de la Convención. Estas normas no han sido ratificadas por Estados Unidos.

(f) Los tres instrumentos sobre derechos humanos mencionados por los peticionarios son inaplicables en la consideración del caso ante la Comisión. Los Estados Unidos no son parte del Pacto Internacional ni de la Convención Americana y las normas no pueden imponerse mediante “interpretación” a un Estado que no es parte. Véase el Caso No. 2141 (Estados Unidos). Además, durante la redacción de la Convención Americana el delegado estadounidense hizo notar que los Estados Unidos tenían objeciones al límite arbitrario de dieciocho años inscrito en el Artículo 4(5), debido al sistema federal del país.

(g) Los peticionarios también se equivocan al indicar que el Artículo 4(5) de la Convención Americana es declarativo del derecho internacional consuetudinario. La mayoría de edad para efectos de la imposición de la pena de muerte no es una práctica uniforme de los Estados. En la redacción del Artículo 6(5) del Pacto Internacional algunos países quisieron que se estableciera un límite específico, mientras que otros proponían que sólo se hiciera una referencia a “menores” o “jóvenes”, lo que demuestra que no estaban codificando una norma obligatoria ya existente. Se trataba en cambio de una norma específica con la que se proponía establecer uniformidad donde no la había.

Al mismo tiempo no hay prueba de opinio juris. Aún las naciones que han prohibido la ejecución de personas que cometen crímenes antes de llegar a los dieciocho años de edad no lo han hecho motivadas por sentimiento alguno de obligación legal. Desde que se establecieron la Convención Americana y el Convenio Internacional no puede considerarse cualquier cambio en las legislaciones nacionales como prueba de un principio de derecho consuetudinario aplicable en forma general. “Los principios de derecho pertinentes” deben existir separadamente de cualquier norma convencional o de tratado. “El sólo hecho de que varios Estados de la Unión o que otras naciones hayan escogido los dieciocho años como la mayoría de edad no impone la obligación de que otros estados deban escoger la misma edad.”

(h) El gobierno estadounidense no reconoce la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que prohíba la imposición de la pena de muerte para menores. Para poder establecer una norma de derecho consuetudinario debe existir una práctica estatal “generalizada y virtualmente uniforme”, además, debe ser evidente la creencia de que esa práctica se hace obligatoria debido a un principio de derecho que la requiera. Dicho principio debe ser reconocido como una obligación legal basada en la costumbre o la práctica de los Estados. En este caso no existe ni la uniformidad en la práctica estatal, ni la requerida opinio juris para considerar la pauta como una norma obligatoria del derecho internacional consuetudinario.

(i) El Gobierno estadounidense afirma además que ha expresado su oposición a tal norma. Primero se abstuvo de participar en el debate y en el voto sobre la redacción del Convenio Internacional, y luego la sometió al Senado con reservas. Estados Unidos también se opuso al Artículo 4(5) de la Convención Americana; cuando el Presidente Carter la firmó y solicitó del Senado su consentimiento para ratificar el tratado, propuso que la ratificación se acompañara de una reserva que señalara que “la adhesión de los Estados Unidos al Artículo 4 estaba sujeta a la Constitución y demás legislación de los Estados Unidos”. Four Treaties Pertaining to Human Rights, Message from the President of the United States, S.Doc. No. Exec. C, D, E, 8F, xii, 95o. Con., 2da. Ses. (1978).

Estados Unidos concluye su expediente indicando que “No hay bases en el derecho internacional para aplicar a Estados Unidos una norma tomada de tratados de los cuales no es parte y que, según lo ha indicado, no aceptará cuando la misma entre en vigencia.”

(j) El Gobierno de los Estados Unidos solicita que la Comisión decida que las ejecuciones recientes no son violatorias de la Declaración Americana.

.

V. OPINION DE LA COMISION

A. Asunto sometido a decisión

43. Este caso trata de dirimir únicamente si en la legislación norteamericana la ausencia de una prohibición federal respecto a la ejecución de delincuentes menores de edad constituye o no una violación de las normas de derechos humanos aplicables a dicho país bajo el sistema interamericano.

En los Estados Unidos los crímenes están sujetos o bien a la jurisdicción estatal o a la federal. A un procesado se le puede enjuiciar en tribunal federal si se le acusa de cometer un crimen según la legislación federal, o puede apelar a un tribunal federal desde un tribunal estatal bajo determinadas circunstancias. A los Estados se les ha concedido una amplia autonomía para decidir el tipo de castigo apropiado a una conducta criminal. Sin embargo, el castigo debe conformarse con lo establecido por la Constitución de los Estados Unidos, tal como la interpreta la Corte Suprema de la Unión.

B. El compromiso internacional de los Estados Unidos bajo la Declaración Americana

44. La Declaración Americana guarda silencio acerca de la cuestión de la pena capital. El Artículo I de dicha Declaración dice así:

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona.

45. La Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere específicamente a la pena capital en cinco de sus disposiciones. El Artículo 4 de la Convención Americana, que protege el derecho a la vida dice:

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 delito político ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. 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. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

46. La obligación internacional de los Estados Unidos de América como Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA), en virtud del mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), está sujeta a la Carta de la OEA (Bogotá, 1948), enmendada por el Protocolo de Buenos Aires del 27 de febrero de 1967 y ratificada por Estados Unidos el 23 de abril de 1968.

47. Los Estados Unidos son Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos pero no son un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y, por lo tanto, no puede opinarse que esté en contravención del Artículo 4(5) de la Convención, puesto que la Comisión aseveró en el Caso 2141 (Estados Unidos), párrafo 31: “sería imposible imponer a los Estados Unidos, o a cualquier otro Estado miembro de la OEA, mediante ‘interpretación’, una obligación internacional que se base en un tratado que dicho Estado no ha aceptado o ratificado debidamente.”

48. Como consecuencia de los artículos 3 j, 16, 51 e, 112 y 150 de la Carta, las disposiciones de otros instrumentos de la OEA sobre los derechos humanos adquirieron fuerza obligatoria. Tales instrumentos, aprobados con el voto del Gobierno de Estados Unidos, son los siguientes:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948).
- Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

49. El Estatuto establece que, para efectos de tales instrumentos, la CIDH es el órgano de la OEA creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. Para efectos del Estatuto se entiende por derechos humanos los derechos consagrados en la Declaración Americana en relación con los Estados que no son Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969).

C. Argumento de los peticionarios

50. La violación principal denunciada en la petición en cuestión se refiere al derecho a la vida, Artículo I de la Declaración, el cual dice: “Todo ser humano tiene derecho a la vida ...”. Como la Declaración guarda silencio en cuanto a la cuestión de la pena de muerte, los peticionarios procuran, con referencia al Artículo I, una respuesta afirmativa a la interrogante: ¿Existe una norma en el derecho internacional consuetudinario que prohíba la imposición de la pena de muerte a personas menores de dieciocho años de edad?

51. Los elementos de una norma de derecho internacional consuetudinario son los siguientes:

- a. Una práctica concordante por parte de varios Estados con respecto a un tipo de situación que se halle dentro del dominio de las relaciones internacionales;
- b. Una continuación o repetición de la prácticas durante un período considerable de tiempo;
- c. La creencia de que la práctica es requerida o es consistente con el derecho internacional prevaleciente; y
- d. Una aquiescencia general en cuanto a la práctica de parte de otros Estados.

52. La existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional requiere como base la existencia de una práctica estatal generalizada. El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante “C.I.J”) define “costumbre internacional” como “evidencia de una práctica general aceptada como ley.” Una norma consuetudinaria, sin embargo, no obliga a los Estados que la protestan.

.

Aunque nunca se ha establecido en forma definitiva cuántos Estados deben adoptar cierta práctica, debe quedar claro que, mientras no se necesita una práctica “universal”, ésta debe ser común y corriente ampliamente difundida e implementada.

53. En diciembre de 1977, el Gobierno de los Estados Unidos envió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, inter alia, al Senado para su posible ratificación “con reservas”. En lo que concierne al presente caso, el Gobierno estadounidense propuso las siguientes reservas a los Artículos 4 y 5:

El Artículo 4 trata sobre el derecho a la vida en forma general e incluye disposiciones pertinentes a la pena de muerte. Muchas de las disposiciones del Artículo 4 no están de acuerdo con la ley y la política seguida por los Estados Unidos, o tratan de materias sobre las cuales la ley todavía no se ha definido. El Senado puede anotar una reserva como la siguiente: “La adhesión de los Estados Unidos al Artículo 4 está sujeta a la Constitución y las leyes de los Estados Unidos.”

El Artículo 5, párrafo 5 requiere que los menores bajo investigación criminal sean separados de los adultos y traídos a juicio delante de tribunales especializados tan pronto como sea posible. (...) Con respecto al párrafo 5, la ley (de los Estados Unidos) se reserva el derecho de enjuiciar a menores como adultos en ciertos casos. (E)n estos momentos, no hay intención alguna de revisar estas leyes. Se recomienda la siguiente reserva: “Los Estados Unidos (...) con respecto al párrafo 5, se reserva el derecho de someter a menores a procesos y a penas aplicables a adultos en los casos apropiados.”

54. Como los Estados Unidos han formulado reservas a la norma, ésta no puede ser aplicada a ese país. Para que una norma del derecho internacional consuetudinario sea obligatoria para el Estado que la ha protestado, esta norma debe adquirir el status de jus cogens. Los demandantes no alegan que la regla que prohíbe la imposición de la pena de muerte a menores de edad haya adquirido la autoridad de jus cogens - una norma perentoria de derecho internacional que no puede ser derogada. Sin embargo, la Comisión no es un cuerpo judicial y no está limitada a considerar solamente los argumentos presentados por las partes en disputa.

D. Principios generales aplicables a este caso

55. El concepto de jus cogens se deriva de una “orden superior” de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidos por las leyes del hombre o de las naciones. Las normas de jus cogens han sido descritas por los publicistas como las que abarcan el “orden público internacional.” Aquellas son “las reglas que han sido aceptadas, o bien explícitamente en un tratado o tácitamente por costumbre, como necesarias para proteger el interés público de la sociedad de naciones o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidos por ellos.”

Según Ian Brownlie, el factor que distingue las normas de jus cogens es su “relativa inderogabilidad”. Ian Brownlie cita ciertos ejemplos de jus cogens como: “la prohibición de la guerra de agresión, la ley del genocidio, el principio de la no-discriminación de las razas, los crímenes de lesa humanidad y las leyes que prohíben la trata de esclavos y la piratería.”

Como la aceptación de las normas de jus cogens continúa siendo debatida en varios sectores, se puede argumentar que la C.I.J. no consideró, por ejemplo, la prohibición del genocidio como una norma de jus cogens. Sin embargo, se indica que la Corte sí ha hecho “referencias indirectas” al concepto de jus cogens, sin haberle llamado como tal en la opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre el Genocidio. En ese entonces, la Corte estableció:

... que los principios fundamentales de la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorias para los Estados, aún sin la obligación expresa dentro de una convención.

La norma que prohíbe el genocidio comprometería también a los Estados no partes de la Convención sobre el Genocidio, aún si fuera derivada solamente del derecho internacional consuetudinario y sin que haya adquirido el status de jus cogens, ya que obtiene esta condición precisamente porque es un tipo de norma que de ser protestada por un Estado, ofendería la conciencia de la humanidad y moralidad pública.

56. La Comisión considera que los Estados miembros de la OEA reconocen una norma de jus cogens que prohíbe la ejecución de niños menores de edad. Tal norma es aceptada por todos los Estados del Sistema Interamericano, incluyendo los Estados Unidos. La respuesta del Gobierno de Estados Unidos a la demanda en este caso afirma que “todos los Estados, además, tienen un sistema judicial para menores; ningún Estado permite a sus tribunales de menores imponer la pena de muerte.”

57. La Comisión considera que este caso surge no porque haya duda de la existencia de una norma internacional sobre la prohibición de la imposición de la pena de muerte para niños menores de edad, sino porque los Estados Unidos disputan el alegato de que existe un consenso sobre la mayoría de edad. Específicamente, el tema de fondo en cuestión en este caso es el derecho y la práctica adoptadas por los diferentes Estados de la Unión en lo que se refiere al envío de adolescentes --acusados de haber cometido graves crímenes-- a tribunales penales de adultos donde pueden ser juzgados y sentenciados como tales.

. . . .

60. La Comisión acepta el argumento de los Estados Unidos de que no existe en estos momentos una norma consuetudinaria en derecho internacional que establezca la edad de 18 años como edad mínima para la imposición de la pena de muerte. Sin embargo, la Comisión hace notar que dicha norma está emergiendo, en vista del número creciente de países que han ratificado la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y que debido a ello han modificado su legislación interna para conformarla a dichos instrumentos. Como ha sido mencionado anteriormente, trece Estados de los Estados de la Unión y la Capital Federal, ya han abolido la pena de muerte en forma absoluta y nueve de los que todavía mantienen tal pena, la han abolido para delincuentes menores de 18 años de edad.

61. Sin embargo, la Comisión no considera que el factor edad sea lo que ponga fin a la materia en discusión, la cual consiste en si la ausencia dentro del derecho interno de los Estados Unidos de una prohibición federal sobre la ejecución de menores de edad que hubieren cometido un grave crimen siendo menores de 18 años, viola la Declaración Americana.

62. La Comisión considera que la diversidad en la práctica de los Estados de la Unión --reflejada en el hecho de que algunos de éstos hayan abolido la pena de muerte mientras que otros permiten que ella sea aplicada a niños menores de 10 años de edad-- tiene como resultado que se apliquen sentencias totalmente distintas por la comisión de un mismo crimen. La privación de la vida por parte del Estado no debería estar sujeta a un factor tan fortuito como el lugar donde el delito fue cometido. Bajo el actual sistema penal de los Estados Unidos un joven de 16 años que cometiere un delito capital en el Estado de Virginia podría ser privado de la vida mientras que si el mismo joven perpetra la misma ofensa del otro lado del Memorial Bridge, en Washington, D.C., donde la pena de muerte ha sido abolida tanto para adultos como para menores de edad, su sentencia no sería la muerte.

63. El hecho que el Gobierno de los Estados Unidos deje a discreción de cada Estado de la Unión la aplicación de la pena de muerte al menor de edad ha producido un mosaico de leyes que sujetan la severidad del castigo no a la naturaleza del crimen sino al lugar donde éste se cometió. El ceder a las legislaturas estatales la decisión de si un menor de edad puede ser o no ejecutado no es equivalente a dejar a discreción de cada Estado de la Unión la determinación de la mayoría de edad para adquirir bebidas alcohólicas o para contraer matrimonio. La falla del gobierno federal consiste en no haberse adueñado de la legislación del más fundamental de todos los derechos, el derecho a la vida. De ahí que los Estados Unidos tengan un muestrario de legislación arbitraria que trae como consecuencia la aplicación arbitraria de la privación de los derechos a la vida y a la igualdad ante la Ley, lo cual es contrario a los artículos I y II de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, respectivamente.

CONCLUSION

64. La Comisión concluye, por 5 votos contra 1, que el Gobierno de los Estados Unidos violó el Artículo I (derecho a la vida) de la Declaración Americana al ejecutar a James Terry Roach y a Jay Pinkerton.

65. La Comisión concluye, por 5 votos contra 1, que el Gobierno de los Estados Unidos violó el Artículo II (derecho de igualdad ante la ley) de la Declaración Americana al ejecutar a James Terry Roach y a Jay Pinkerton.

Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
(Corte I.D.H., Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A No. 10)

30. El artículo 64.1 de la Convención otorga competencia a la Corte para emitir opiniones consultivas “acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”. Es decir, el objeto de las opiniones consultivas de la Corte son los tratados (ver, en general, “Otros tratados”, supra 27).

31. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

“se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (art. 2.1.a).”

32. La Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales dispone en su artículo 2.1.a):

“se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito:

i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o

ii) entre organizaciones internacionales,

ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”

33. Si se busca definir el sentido de la palabra “tratado”, tal como la emplea el artículo 64.1, es suficiente por lo pronto decir que “tratado” es, al menos, un instrumento internacional de aquéllos que están gobernados por las dos Convenciones de Viena. Si el término incluye otros instrumentos internacionales de carácter convencional, cuya existencia, por otra parte, reconocen las mismas Convenciones (art. 3, Convención de Viena de 1969; art. 3, Convención de Viena de 1986), no es necesario decidirlo ahora. Lo que es claro, sin embargo, es que la Declaración no es un tratado en el sentido de las Convenciones de Viena porque no fue adoptada como tal, y en consecuencia, no lo es tampoco en el del artículo 64.1.

34. La Declaración Americana, en efecto, fue adoptada por la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948) en virtud de una resolución tomada por la propia Conferencia. No fue concebida ni redactada para que tuviera la forma de un tratado. La resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (Chapultepec, 1945), había estimado que para lograr la protección internacional de los derechos humanos, éstos deberían estar enumerados y precisados “en una Declaración adoptada en forma de Convención por los Estados”. En el posterior proceso de elaboración del proyecto de Declaración en el Comité Jurídico Interamericano y luego en la Novena Conferencia, este enfoque inicial se abandonó y la Declaración se adoptó como tal, no previéndose ningún procedimiento para que pudiese pasar a ser un tratado (Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos. Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 1953, vol. I, págs. 235-236). Pese a las hondas diferencias que existieron sobre el punto, en la Sexta Comisión de la Conferencia predominó la posición de que el texto a aprobar debía revestir el carácter de una declaración y no de un tratado (véase informe del Relator de la Comisión Sexta, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos. Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 1953, vol. V, pág. 512).

Para lograr un consenso, la Declaración fue concebida como

“el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias (Declaración Americana, Considerando cuarto).”

Este mismo criterio fue reafirmado el 26 de setiembre de 1949, por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuando expresó:

“Es evidente que la Declaración de Bogotá no crea una obligación jurídica contractual, pero también lo es el hecho de que ella señala una orientación bien definida en el sentido de la protección internacional de los derechos fundamentales de la persona humana (CJI, Recomendaciones e informes, 1949-1953 (1955), pág. 107. Ver también U.S. Department of State, Report of the Delegation of the United States of America to the Ninth International Conference of American States, Bogotá, Colombia, March 30-May 2, 1948, ad 35-36 (Publ. No. 3263, 1948)).”

35. El hecho de que la Declaración no sea un tratado no significa necesariamente que deba llegarse a la conclusión de que la Corte no puede emitir una opinión consultiva que contenga interpretaciones de la Declaración Americana.

36. En efecto, la Convención Americana hace referencia a la Declaración en el párrafo tercero de su Preámbulo que textualmente dice:

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

Y en el artículo 29.d) que señala:

“Normas de interpretación

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

...

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

De lo anterior se desprende que, al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva, puede ser necesario para la Corte interpretar la Declaración.

37. La Declaración Americana se basa en la idea de que “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución” (Considerando tercero). Este derecho americano ha evolucionado desde 1948 hasta hoy y la protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos. Como dijo la Corte Internacional de Justicia: “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar” (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31). Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración

Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.

38. La evolución del "derecho americano" en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho internacional clásico. Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, pág. 3. En la misma línea de pensamiento ver también Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) supra 37, pág. 16 ad 57; cfr. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, pág. 3 ad 42).

39. La Carta de la Organización hace referencia a los derechos esenciales del hombre en su Preámbulo ((párrafo tercero) y en sus arts. 3.j), 16, 43, 47, 51, 112 y 150; Preámbulo (párrafo cuarto), arts. 3.k), 16, 44, 48, 52, 111 y 150 de la Carta reformada por el Protocolo de Cartagena de Indias), pero no los enumera ni los define. Han sido los Estados Miembros de la Organización los que, por medio de los diversos órganos de la misma, han enunciado precisamente los derechos humanos de que se habla en la Carta y a los que se refiere la Declaración.

40. Es así como el artículo 112 de la Carta (art. 111 de la Carta Reformada por el Protocolo de Cartagena de Indias) dice:

"Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá como función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia."

Por su parte, el artículo 150 de la Carta dispone:

"Mientras no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el capítulo XVIII (capítulo XVI de la Carta reformada por el Protocolo de Cartagena de Indias), la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos."

41. Estas normas atribuyen a la Comisión Interamericana la competencia de velar por los derechos humanos y estos derechos no son otros que los enunciados y definidos en la Declaración Americana. Es lo que se deduce del artículo 1 del Estatuto de la Comisión, aprobado por la resolución No. 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su Noveno Período Ordinario de Sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979. Tal artículo dice:

“1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

2. Para los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende:

- a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados Partes en la misma;
- b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la relación con los demás Estados miembros.”

Los artículos 18, 19 y 20 del mismo Estatuto desarrollan estas atribuciones.

42. La Asamblea General de la Organización ha reconocido además, reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA. Por ejemplo, en la resolución 314 (VII-O/77) del 22 de junio de 1977, encomendó a la Comisión Interamericana la elaboración de un estudio en el que “consigne la obligación de cumplir los compromisos adquiridos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”. En la resolución 371 (VIII-O/78) del 1 de julio de 1978, la Asamblea General reafirmó “su compromiso de promover el cumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y en la resolución 370 (VIII-O/78) del 1 de julio de 1978, se refirió a los “compromisos internacionales” de respetar los derechos del hombre “reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” por un Estado Miembro de la Organización. En el Preámbulo de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada y suscrita en el Decimoquinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General en Cartagena de Indias (diciembre de 1985), se lee:

“Reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.”

43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

44. Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos.

45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.

46. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.

47. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto.

Constitución de la República Argentina

Artículo 75 inciso 22

Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Constitución de Nicaragua

Artículo 46

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*; en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

3. Tratados: principios aplicables

Comentario

Esta sección tiene por objeto analizar algunas de las cuestiones relevantes para la aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este contexto, se incluye, en primer lugar, el estudio de los criterios generales de interpretación de un tratado y en segundo lugar, la cuestión relativa al alcance de la protección de los derechos garantizados por dicha Convención.

a. Criterios generales de interpretación

Preguntas

¿Cuáles son los criterios generales de interpretación de tratados? ¿Cuál es la práctica de la Corte Interamericana en esta materia? ¿Cómo se interpretan armónicamente estos criterios con las normas de interpretación de la Convención contenidas en el artículo 29 de dicho instrumento? ¿Cómo ha interpretado la Corte Interamericana el inciso b del artículo 29? ¿Cómo la aplicaría usted en un caso concreto? ¿Seguiría la interpretación de la Corte Suprema de Argentina en el caso Arce?

La interpretación de los tratados de derechos humanos

(Cecilia Medina, *"Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos"*, 1997)
[Notas de pie de página omitidas]

Es sumamente difícil formular un precepto legal con una claridad tal que no sea necesario interpretarlo al momento de su aplicación. Esta dificultad es mayor o menor según el tema de que se trate y uno de los temas en que esta dificultad sin duda es mayor, es el tema de los derechos humanos. Allí tanto la descripción de los derechos como la formulación de los límites de su regulación requieren necesariamente del uso de términos generales - tales como privacidad, moral pública, orden público- que pueden diferir grandemente en cuanto a su extensión o alcance. Además, insistimos, las normas de derechos humanos deben aplicarse en distintos tiempos y lugares y esa circunstancia requiere necesariamente un intérprete que sea capaz, de hacer la norma eficaz en todo momento y en todo lugar.

El derecho internacional da reglas para la interpretación de los tratados, que serán las que examinaremos en las próximas páginas. Sin perjuicio de su campo de acción expreso, estas normas pueden ser utilizadas como una guía importante, *mutatis mutandis*, para la interpretación de normas contenidas en otras fuentes del derecho internacional de los derechos humanos. Conviene aquí hacer presente que el juez nacional, al aplicar una norma de un tratado internacional, debe entenderla de acuerdo a las normas de interpretación de los tratados, ya que es ésta su fuente directa.

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

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

Para estos efectos de conformidad al artículo 31.2.a) y b); el contexto de un tratado comprende (i) el texto, incluyendo el preámbulo y los anexos; (ii) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado, y (iii) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

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

Además de las normas de interpretación de la Convención de Viena, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece normas especiales de interpretación de la Convención [en el] artículo 29 de la [misma]

....

7.1. EL SISTEMA INTEGRAL DE PROMOCION Y PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU INFLUENCIA EN LA INTERPRETACION.

Las diversas fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente y éstas, a su vez, influyen y son influidas por las fuentes domésticas. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible, pues, intentar aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa: como tampoco es posible ignorar, al interpretar un tratado, las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo. Esto, que es propio del derecho internacional, tiene una particular importancia en el derecho internacional de los derechos humanos, que, como decíamos al comienzo de este capítulo, está en perpetuo desarrollo y está contenido en normas formuladas de tal manera que permitan su progreso constante y su adaptación a las circunstancias históricas de tiempo y espacio en que se apliquen.

Así como las fuentes internacionales se influyen recíprocamente, también existe esa reciprocidad entre esas fuentes y las domésticas. Desde el punto de vista del derecho internacional, no hay que olvidar que los principios generales del derecho se originan en el derecho interno de los Estados: este derecho, por lo tanto, puede ser fuente de normas internacionales, como también criterio orientador para una interpretación más extensiva de los derechos humanos contenidos en normas internacionales. La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los países partes del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares también puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos. Mirando esto desde otro ángulo, el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, también debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional.

La ligazón entre las normas del sistema internacional y las del sistema nacional se ve claramente en la disposición del artículo 29.b de la Convención Americana reproducida más arriba. Como puede advertirse una ley nacional no sólo puede ser interpretada por el juez nacional sino que también por los órganos internacionales, ya que la Comisión y la Corte Interamericanas que controlan la conducta de los Estados en relación con las obligaciones que establece la Convención, deben interpretar las normas de la Convención, ampliadas con las posibles mejoras que esa norma haya tenido en el ordenamiento jurídico interno del país respectivo.

Finalmente, también es relevante para la interpretación el conocimiento de “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”, puesto que ellas, así como las decisiones judiciales de los órganos de control internacional, son medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho internacional, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En el sistema interamericano adquieren también relevancia para la interpretación las reglas de las letras c. y d. del artículo 29 de la Convención. La primera no permite que se interprete ninguna norma de la Convención en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Esta regla muestra claramente que el sistema es un todo que sobrepasa la mera letra de la ley y que obliga al intérprete a considerar al ser humano en su totalidad y a tener en mente todo aquello que el sistema democrático requeriría para que el derecho humano que se interpreta tenga eficacia. La consideración del ser humano se hace en torno a su dignidad, concepto éste quizás difícil de definir pero claro de identificar en cada caso a la luz de un sistema internacional de derechos humanos que se sitúa históricamente. De paso, el artículo 29.c. refleja la posición del sistema interamericano respecto de la pregunta de si pueden existir derechos humanos que no han sido formalmente reconocidos en un cuerpo jurídico, contestándola afirmativamente y explicitando la idea de que los derechos humanos no se conceden sino que se reconocen.

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

Con todo lo dicho, queremos enfatizar que el sistema de promoción y protección de los derechos humanos es, como la palabra lo enuncia, un conjunto de reglas, principios racionalmente enlazados entre sí, que debe mirarse en su integridad para aplicar cualquier parte de él. Si intentáramos graficar estas ideas, diríamos que los aportes nacionales e internacionales en materia de derechos humanos se vierten en un crisol, donde se produce una sinergia como resultado de la cual los derechos humanos reaparecen ampliados y perfeccionados. Es allí, a ese crisol, donde los intérpretes de las normas de derechos humanos deben acudir para realizar su tarea.

7.2. LA INTERPRETACION DE ACUERDO CON EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO: LA INTERPRETACION *PRO HOMINIS*

Los tratados de derechos humanos, a diferencia de otros tratados internacionales, confieren derechos a los individuos frente al Estado, el que, a su vez, tiene obligaciones para con ellos. La Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto en su segunda opinión consultiva, donde expresó:

“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio mutuo de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes [...]. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción [...]”.

Habría que agregar que, por otra parte - en tanto los tratados constituyen un verdadero código de conducta de los Estados en materia de derechos humanos, que forma parte del orden público internacional -, todo Estado tiene un interés en que los demás Estados cumplan con las exigencias de los tratados, lo que se traduce en el derecho de cada Estado - dadas ciertas condiciones - de exigir este cumplimiento ante instancias internacionales.

Los tratados de derechos humanos, por lo tanto, no tienen como único fin establecer derechos y obligaciones recíprocas entre sus Estados partes, sino establecer un sistema para proteger la dignidad humana. En la Opinión Consultiva recién citada, la Corte expresó claramente que el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados no podía aplicarse

“entre otras razones, porque el objeto y fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un número limitado de Estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independientemente de su nacionalidad”.

Si tenemos en consideración que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, no puede sino concluirse que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo. Esto ha sido reiterado con frecuencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que expresó en el primer asunto del que conoció que:

“[...] el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional siempre que ello no implique una alteración del sistema”.

También en su Opinión Consultiva N° 3 aparece esta misma idea. La Corte dedicó un tiempo a explicar por qué no debía separar el conocimiento de una excepción de falta de competencia interpuesta por Guatemala del examen del fondo del asunto respecto del cual se requería la opinión de la Corte, estableciendo, por ejemplo, en el párrafo 26 de la opinión que:

“[...] la rapidez con que se responda una consulta está estrechamente vinculada con el papel que tiene esta función de la Corte dentro del sistema de la Convención. Para los Estados Miembros y para los órganos de la OEA podría carecer de sentido requerir una opinión consultiva y postergar, entre tanto, la decisión del asunto en espera de una respuesta de la Corte demorada innecesariamente, *en particular en situaciones como la presente, en la cual la consulta se refiere al artículo 4 de la Convención, que concierne el derecho a la vida*”.

Es decir, la Corte resolvió el problema procesal de una determinada manera, porque era la interpretación adecuada para la mejor protección del derecho de las víctimas del caso.

Concordante con esta idea, todos los tratados de derechos humanos contienen una disposición similar a la del artículo 5.2 del Pacto:

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

La obligación para el Estado que es parte de varios tratados de derechos humanos y/o que tiene un catálogo de derechos en su propio ordenamiento jurídico, por lo tanto, es siempre la que más favorece al individuo.

La interpretación *pro hominis* es una primera característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento.

7.3. LA INTERPRETACION DE ACUERDO CON EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO Y CON EL CONTEXTO DEL TRATADO: LA INTERPRETACION DINAMICA.

La mención del objeto y fin del tratado como un elemento de interpretación confiere a ésta un carácter dinámico. El tratado debe ser leído de tal manera que la norma se interprete en el sentido que mas se avenga con ellos. En el caso de los derechos humanos, como ya lo dijimos, el objeto y fin de los tratados que los consagran o garantizan es proteger la dignidad humana, concediendo a los individuos salvaguardias frente a la posibilidad de abuso de los gobernantes y otorgándoles el derecho de exigir al Estado que organice la sociedad de tal manera que la posibilidad del goce y ejercicio de dichos derechos les esté garantizada. Siendo esto así, se sigue que la formulación de los derechos debe interpretarse de una manera amplia y dinámica, mientras que las restricciones de los derechos necesitan de una interpretación restrictiva.

El carácter dinámico de la interpretación se refleja también en la amplitud del concepto “el contexto del tratado”, ya que los instrumentos formulados “con motivo de la interpretación del tratado” son necesariamente posteriores a éste y si se han adoptado por las mismas partes que adoptaron el tratado pueden entenderse como una interpretación que dichas partes han dado al acuerdo primero.

La Corte Internacional de Justicia reconoce este dinamismo al expresar en su Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Legales de la Presencia de Sudáfrica en Namibia que:

“un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar.”

El dinamismo, tanto en la interpretación del contenido de las normas de derechos humanos como en el contexto de los tratados, se advierte también en la Opinión Consultiva N° 10 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El considerando dispone:

[...] Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.

Esta misma idea se encuentra en innumerables decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, el órgano internacional con una experiencia más rica en materia de decisión de casos de presuntas violaciones de derechos humanos. La Corte ha interpretado dinámicamente normas substantivas y procesales del Convenio Europeo y puede sostenerse que en Europa esta regla de interpretación está firmemente asentada. Hay, por ejemplo, varias decisiones de la Corte Europea en las que se interpreta de una manera dinámica la expresión “la moral”, concepto que puede ser invocado como causal para la restricción del ejercicio de ciertos derechos humanos. La Corte ha sostenido que “la opinión que se tenga [...] de los requerimientos de la moral varía de tiempo en tiempo [...], especialmente en nuestra era”, esto con el fin de concluir que era necesario interpretar la expresión “necesario en una sociedad democrática” a la luz de la moral actual. Lo mismo repitió en el caso *Dudgeon*, que se refiere al problema de la violación del derecho a la privacidad por la existencia de una ley penal en Irlanda del Norte que tipificaba como delito la relación sexual entre adultos que consienten, realizada en privado.

También se observa esta característica de la interpretación en decisiones de la Corte Europea respecto de dos de los derechos establecidos en el Convenio Europeo: el derecho a la privacidad del artículo 8, donde ha habido casos tan importantes como el caso *Marckx* - en el que la Corte incluyó la protección del vínculo de filiación entre una madre y su hija nacida fuera de matrimonio dentro del artículo 8 del Convenio - y el derecho al debido proceso del artículo 6 de la Convención, el que la Corte ha ido ampliando progresivamente para incluir en la protección del debido proceso a los procedimientos nacionales para determinar derechos que antes eran considerados de carácter administrativo.

De la misma manera, hay muestras de la interpretación dinámica derivada de la necesidad de considerar el objeto y fin del tratado en la interpretación de normas procesales del Convenio Europeo. Contrariamente a lo que sucede en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo excluyó de sus disposiciones la posibilidad de que cualquier individuo interpusiera una reclamación por violación de derechos humanos ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, estableciendo en el artículo 25 que sólo la víctima podía hacerlo. La interpretación de esta norma, hecha de manera consecuente por la Comisión Europea, es iluminadora respecto de la importancia del elemento “objeto y fin del tratado” para esta tarea. La Comisión ha entendido que tienen derecho a interponer una comunicación ante ella no sólo la víctima directa, sino también los herederos de la víctima; las víctimas indirectas, es decir, las personas que experimenten un perjuicio personal como consecuencia de la violación de un derecho humano de otra persona; y las víctimas potenciales, es decir, las personas que están en riesgo de que se produzca en el futuro

una violación de uno de sus derechos humanos, por ejemplo, por la eventual aplicación de una ley que restrinja injustificadamente sus derechos humanos, o las personas que no tienen certeza de que se les haya violado un derecho humano, porque existe la posibilidad de que se le estén aplicando medidas secretas.

En suma, las explicaciones precedentes demuestran que el alcance y contenido de los derechos humanos se van adaptando de manera continua a las nuevas realidades, a través de la interpretación y que ésta es una función esencial del intérprete. A lo largo de este trabajo se podrá ver de qué manera el intérprete nacional puede ayudar a la correcta aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y también del derecho nacional, orientándose por las reglas de interpretación que hemos descrito.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Artículo 31

Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32

Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido, o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)

(Corte I.D.H., Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3)

47. Las preguntas formuladas por la Comisión plantean a su vez varias interrogantes más generales que es preciso resolver. En primer lugar, a los fines de la interpretación del artículo 4.2 de la Convención, es necesario establecer dentro de qué contexto se prevé la posibilidad de aplicar la pena de muerte, lo que equivale a abordar la interpretación del artículo 4 en su conjunto. En segundo lugar, deben definirse los criterios generales que orienten la interpretación de una reserva que, aún estando autorizada por la Convención, conduzca de alguna manera a restringir o debilitar el sistema de protección consagrado en ella. Por último, es preciso resolver la hipótesis sometida a la Corte.

48. La forma como está planteada la consulta hace necesario precisar el sentido y alcance de las disposiciones del artículo 4 de la Convención, en especial de sus párrafos 2 y 4, y las posibles conexiones que guardan éstos entre sí, de las cuales dependerá la posibilidad de relacionar el efecto de la reserva al uno con el texto del otro. Para hacerlo la Corte utilizará los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena, que pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema.

49. Según aquellas reglas, los tratados deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (artículo 31.1 de la Convención de Viena). Los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado, son utilizables para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación o cuando ésta deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (Ibid., artículo 32).

50. Este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes, ya que tales tratados, como lo dijo esta Corte, “no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes”, sino que “su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes” (El efecto de las reservas, supra 42, párr. no. 29).

Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización

(Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No.4)

21. Esta Corte definió, sin embargo, que “los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pueden considerarse reglas de derecho internacional sobre el tema” [Restricciones a la Pena de Muerte, supra 19, párr. no. 48].

22. Al determinar si el proyecto legislativo al cual se refiere la solicitud puede dar lugar a una opinión consultiva según el artículo 64.2, la Corte debe interpretar la Convención “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31.1; Restricciones a la Pena de Muerte, supra 19, párr. no. 49].

23. Esto significa necesariamente que el “sentido corriente” de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado. La Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas [Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, pág. 8] precisó que la función del intérprete está enderezada “a dar eficacia a las disposiciones [de un tratado] en su sentido natural u ordinario en el contexto en el cual ocurren”, el que, naturalmente, incluye el objeto y fin, de alguna manera expresado en el contexto.

24. Esta Corte opinó [Restricciones a la Pena de Muerte, supra 19, párr. no. 47], en relación con las reservas, pero con criterios válidos respecto del conjunto de la Convención, que la interpretación hay que hacerla en forma tal que no conduzca “de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención” y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma “son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” [Corte I.D.H., El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (arts. 74 y 75), Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. no. 29].

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 29 Normas de Interpretación

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

- a. permitir a algunos de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

La Colegiación Obligatoria de los Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)

(Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de los Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5)

51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:

“De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal. (Subrayado del texto original).”

En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.

Caso Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación
(Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de octubre de 1997, Argentina)

Considerando:

1) Que contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 que condenó a Jorge Daniel Arce y a Pablo Armando Miranda o José Antonio Gramajo a las penas de cinco y seis años de prisión respectivamente, la señora fiscal ante dicho tribunal interpuso recurso de casación mediante el cual contravirtió la aplicación del art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto impide al Ministerio Público deducir ese recurso cuando, como en el caso, se da alguna de las situaciones previstas en los incs. 1° ó 2° de esa norma.

2) Que la Cámara Nacional de Casación Penal declaró erróneamente concedido el recurso de casación y resolvió, con apoyo en precedentes de ese tribunal, que era de aplicación el límite establecido por el art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación, asimismo dispuso que la Convención Americana sobre Derechos Humanos - que consagra la garantía de la doble instancia - no ampara a quien ejecuta la acción penal como órgano del Estado (fs. 639/641) en tanto tiene como finalidad principal asegurar la plena vigencia y el respeto de los derechos fundamentales referentes al ser humano. Contra esa decisión el representante del Ministerio Público interpuso recurso extraordinario con fundamento en que el Pacto de San José de Costa Rica no lo excluye del ámbito de protección y en cuanto consideró violadas las garantías de debido proceso y de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional).

....

4) Que esta Corte entendió en el caso "Giroldi", -Fallos: 318:514- que la forma más adecuada para asegurar la garantía constitucional del derecho de recurrir ante un tribunal superior era declarar la inconstitucionalidad del art. 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda al imputado la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena. Resta ahora analizar si la garantía antes invocada -consagrada en el Pacto de San José de Costa Rica- es aplicable al Ministerio Público.

5) Que la reforma constitucional de 1994 en su art. 75, inc. 22, segundo párrafo otorgó jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual dispone "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:...derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" (art. 8, párrafo 2, inc. h).

6) Que en primer término cabe analizar cuál es el sentido de la voz "persona" enunciada en el art. 8, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A tal fin es válido recurrir al Preámbulo y al art. 1 del citado ordenamiento los cuales establecen que "persona" significa todo ser humano. En tales condiciones es de aplicación al caso la pauta de hermenéutica que establece que cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación (Fallos: 218:56). Por otra parte, las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes. En este sentido la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe servir como guía para la interpretación de esta Convención, en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (confr. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y art. 2 ley 23.054), dispuso: "los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, párrafo 29).

7) Que, asimismo, cabe indagar cuál es el alcance del art. 8, párrafo 2, inc. h, consagrado en el instrumento antes citado. Entre los acuerdos internacionales enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, figura el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicho instrumento trae luz sobre la cuestión planteada desde dos perspectivas. Primero en cuanto que los tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como formando un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. En segundo término porque el citado pacto ha sido utilizado como instrumento preparatorio de la Convención Americana, lo cual conduce a utilizarlo como medio de interpretación según lo ha establecido esta última (confr. art. 29 inc. d) y la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (confr. art. 32). Así el Pacto emanado del seno de las Naciones Unidas establece "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 prescripto por la ley" (confr. art. 14, inc. 5). Por lo expuesto, de la conjunción de ambas normas surge que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculcado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con

rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho.

b. Alcance de la protección de los derechos humanos

Preguntas

¿Permiten la Convención Americana y otros tratados de derechos humanos la restricción al ejercicio de los derechos consagrados por dichos instrumentos? ¿Cuáles son los criterios para determinar que una restricción es legítima? ¿Cuál es la diferencia entre “restricción al ejercicio de un derecho” y “suspensión de derechos”? ¿Cuáles son los requisitos que deben cumplirse para declarar estados de emergencia en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 27)? ¿Qué derechos se consideran no suspendibles aún durante un estado de emergencia? En relación a los derechos que pueden ser sujetos a suspensión ¿cuáles son las condiciones impuestas por la Convención para considerar dicha suspensión legítima?

Alcance de los derechos humanos

(Mónica Pinto, Temas de derechos humanos, 1997)

[Notas de pie de página omitidas]

Los derechos humanos consagrados por el orden jurídico son esencialmente relativos, esto es, son susceptibles de una reglamentación razonable. Sin perjuicio de ello, algunos derechos protegidos pueden ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio e, incluso, de suspensión extraordinaria.

Si la reglamentación razonable comporta la regulación legal del ejercicio de un derecho, sin desvirtuar su naturaleza y teniendo en mira su pleno goce y ejercicio en sociedad, las restricciones legítimas son los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda.

I. REGLAMENTACION “RAZONABLE” DE LOS DERECHOS HUMANOS

La regulación legal del ejercicio de un derecho implica la cristalización jurídica de todos los elementos que a nivel normativo y orgánico aseguran que los sujetos alcanzados por la norma se encuentren en posición legal de ejercer o disfrutar el derecho humano de que son titulares y al que ella se refiere. Ello no conduce, inexorablemente, a identificar la existencia de reglamentación con la programaticidad de la norma. Si bien es cierto que las normas programáticas exigen de una reglamentación para devenir operativas, no lo es menos que algunas normas operativas mejoran el campo de su ejercicio a través de la reglamentación. De alguna manera, este planteo corrobora el anterior cuestionamiento respecto de los derechos humanos de “primera generación”, esto es, los derechos civiles y políticos respecto de los cuales la obligación del Estado se reduciría a un no hacer, ya que estos derechos son “reglamentables”.

En efecto, no son pocos los casos de derechos civiles y políticos a los que se puede acudir como ejemplo de operativos y que exigen una reglamentación. En este sentido, nadie duda de la directa exigibilidad del derecho a la vida; empero, tanto las normas universales cuanto las regionales disponen que “este derecho estará protegido por la ley”. No se trata aquí de introducir restricciones al derecho a la vida sino, por el contrario, de establecer los modos de garantizarla mejor. En este contexto se inscribe la tipificación de los delitos contra la vida, la regulación de las condiciones de aplicabilidad de la pena de muerte en los Estados en que aún está vigente y se aplica, la consideración legal de la eutanasia y del aborto.

En el mismo sentido, el derecho a la jurisdicción es directamente operativo y exigible para todo individuo respecto del Estado a cuya jurisdicción esté sometido. Ello no empece que, para su adecuado ejercicio, el Estado deba adoptar normas sustantivas y adjetivas que consagren el debido proceso legal y además las que permitan designar jueces, fiscales, defensores y otros funcionarios de imprescindible actuación en el proceso.

Por otra parte, en los poco numerosos casos de normas programáticas de derechos humanos, la reglamentación es el principio de la exigibilidad y, por tanto, de la garantía del goce y ejercicio de derechos protegidos. Suele avanzarse en este sentido, la disposición del artículo 17.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. Parece claro en este supuesto que los efectos jurídicos de la igualdad no pueden asumirse sin la letra de la ley. De esta manera, la reglamentación razonable en esta especie tampoco restringirá derecho alguno, sino que se circunscribirá a señalar los campos o materias en los que ha de ejercerse la predicada igualdad en el modo en que se resolverá.

2. RESTRICCIONES LEGITIMAS A LOS DERECHOS HUMANOS

El Convenio Europeo, la Convención Americana, la Carta Africana, los Pactos Internacionales, la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, los tratados generales, identifican determinados derechos humanos respecto de los cuales se prevén restricciones específicas. De este modo, la libertad de conciencia y religión, la libertad de pensamiento y de expresión, el derecho de reunión, la libertad de asociación, el derecho de circulación y residencia, el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, el derecho de acceso a las audiencias públicas en los procesos penales, el derecho a la vida privada, contienen en su propia enunciación el criterio válido que autoriza una restricción legítima.

Los criterios enunciados son los de la restricción prescrita por ley, necesaria en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Resulta, pues, que de la lectura de las normas mencionadas surge que las restricciones que se impongan al ejercicio de los derechos humanos deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y a condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.

Estas pautas y criterios derivan de la norma del artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone que *“en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”*.

Esta norma general sobre restricción se ha incorporado a algunos, mas no a todos, los tratados de alcance general que hemos señalado antes. En este sentido, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que *“en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”*.

Con una terminología y alcance distintos, el artículo 18 del Convenio Europeo dispone que *“las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas”* y el artículo 30 de la Convención Americana expresa que *“las restricciones permitidas... al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas... no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*, en una clara referencia a principios hermenéuticos relacionados con las disposiciones específicas que prevén restricciones.

Por otra parte, el artículo 32.2 de la Convención Americana, relativo a la correlación entre deberes y derechos, expresa que *“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”*.

Esta norma interamericana, que se compadece con el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, de alguna manera, con el artículo 27.2 de la Carta Africana, representa el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas respecto de determinados derechos en particular y contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención Americana, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas. No es ésta, por cierto, una interpretación generalizada, toda vez que en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ha sostenido que la ausencia de una cláusula general indica que las únicas restricciones legítimas son las que caben en el enunciado de las normas específicas, y así ha sido recogido en los Principios de Siracusa, que reflejan la práctica internacional en el tema.

En todo caso, la aplicación del principio *pro homine*, antes referido, impone no extender el campo de las restricciones legítimas pero también atender al razonable principio según el cual los derechos de cada uno terminan donde comienzan los derechos de los demás, de alguna manera comprendido en la norma sobre deberes.

De lo expuesto surge que la primera exigencia a satisfacer es que la restricción esté prescrita por ley, lo que supone una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad y que, en caso de aplicación abusiva, debe dar lugar a recurso.

En este contexto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos efectúa una diferencia en cuanto al alcance de la noción “ley” según que ella se refiera al reconocimiento de un derecho o a la restricción legítima. En el primer caso, que se inscribe en la obligación general de adoptar las medidas de derecho interno que resulten necesarias para hacer efectivo un derecho protegido, se apunta a la ley material en tanto que cuando se trata de restringir *“sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana”*. La Corte de San José hace suyas las apreciaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Sunday Times”, señalando que cuando se exige que la restricción esté “prevista por la ley” se apunta a que dicha ley sea adecuadamente accesible, esto es, que el ciudadano debe poder tener una indicación adecuada en las circunstancias de las normas legales aplicables a un caso dado y, en segundo lugar, a que ella sea formulada con la suficiente precisión como para permitirle al ciudadano que regule su conducta, pudiendo prever las consecuencias que pueden surgir de una determinada conducta.

Las exigencias de una ley en sentido formal de alguna manera apuntan a subrayar el papel del parlamento en la defensa de los derechos humanos. A este respecto, se ha puesto el acento en el carácter representativo -de tendencias políticas, sexos, razas, grupos étnicos, minorías, etc.- del parlamento como fuente de su autoridad en la materia. Ello se compadece con los más clásicos criterios del sistema republicano en el que el parlamento es el órgano político y popular de control por excelencia.

No sólo la restricción debe estar prescrita por la ley sino que, además, debe ser “necesaria en una sociedad democrática”. En este sentido se ha señalado que la función de esta cláusula es la de introducir un criterio de legitimación política en el proceso de limitación del alcance de un derecho que podría referirse a los fines de la limitación, a la relación entre los fines y la limitación, o a la limitación en sí misma. En todo caso, la interpretación según la cual se aplica a la limitación en sí misma indica que la legitimidad debe expresar consistencia con los principios de una sociedad. Así, pese a que no existe un modelo único de sociedad democrática, la práctica internacional asume que satisface este requisito la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En otros términos, la restricción es necesaria cuando se vincula con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas.

La hermenéutica imperante en este punto es obra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La muestra de sociedad democrática en el ámbito de validez especial del Convenio Europeo la brindan los Estados partes en él. El criterio fue elaborado tempranamente por el sistema europeo, en momentos en que los Estados miembros evidenciaban una homogeneidad jurídico-política formal muy clara. De allí que la muestra no resultara transportable como tal a otros contextos regionales ni, mucho menos, al universal.

Así, en 1976, en el caso “Handyside vs. United Kingdom” el Tribunal Europeo entendió que las limitaciones a los derechos deben estar justificadas por los principios de una sociedad democrática como una necesidad social imperiosa (“*a pressing social need*”) a los fines de la protección de un interés legítimo. Dos años más tarde, en su sentencia en el caso “Klass”, el tribunal sostuvo que las restricciones al secreto de las comunicaciones -artículo 8.2 del Convenio Europeo- impuesto por la Ley G10 de la República Federal de Alemania, eran “ante una situación excepcional, necesarias en una sociedad democrática en atención a la seguridad nacional y/o en la defensa del orden y en la prevención de infracciones penales”.

En el caso “Dudgeon”, la Corte consideró que el derecho vigente en Irlanda del Norte que penalizaba los actos homosexuales entre hombre adultos consintientes no era necesario “en una sociedad democrática” para la protección de la moral o de los derechos de terceros. La Corte precisó que “necesario” en este contexto no tiene la flexibilidad de otras expresiones como “útil”, “razonable”, o “deseable”, sino que implica también la existencia de una “necesidad social imperiosa” (*pressing social need*) que justifique la interferencia. Para su valoración, las autoridades gozan de un “margen de apreciación” cuyo ámbito depende de la naturaleza del fin protegido con la restricción y de la naturaleza de las propias actividades implicadas. Trátase, pues, de una aplicación del principio de proporcionalidad. El tribunal constató también que la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa -Estados democráticos- carecía del tipo penal respectivo en su legislación, aunque ello no significaba automáticamente que la medida no pudiera ser necesaria en Irlanda del Norte, pese a considerar que, en la especie, no lo era.

La Corte Interamericana no sólo ha endosado los puntos de vista de su par europea sino que se ha preocupado por subrayar que “*entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo*”.

Análogamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que ninguna de sus disposiciones “*podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él*” lo que confirma que debe darse una interpretación restrictiva a las cláusulas limitativas. Así, el Comité de Derechos Humanos apuntó que “*toda restricción de la libertad de expresión con arreglo al párrafo 3 del artículo 19 debe responder a todos y cada uno de los siguientes requisitos: estar fijada por la ley, responder a uno de los objetivos que se enumeran en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 19 y ser necesaria para conseguirlo*”.

Las cláusulas de que se trata adquieren legitimidad, inter alia, en atención a los fines cuya preservación persiguen. En este sentido, se ha señalado que “el principal obstáculo para una aplicación unívoca de las cláusulas limitativas lo encontramos en que ellas están pobladas de conceptos indeterminados”. Los esfuerzos tendientes a precisar estos conceptos se han reflejado en una serie de directivas adoptadas por grupos de expertos y en la práctica de los órganos de control internacional.

El criterio del orden público es probablemente el de mayor ambigüedad. Proveniente del derecho interno, esencialmente del derecho privado francés, se ha señalado que no tiene el mismo sentido en todos los sistemas jurídicos y que puede carecer de todo sentido en algunos sistemas jurídicos. Se entiende que es el conjunto de las reglas que aseguran el funcionamiento de una sociedad o el conjunto de reglas fundamentales sobre las cuales se erige una sociedad y su interpretación debe ajustarse al contexto del derecho que se restringe. Su invocación obedece a la necesidad de encontrar un equilibrio entre los derechos y libertades de los individuos y los derechos y libertades de la comunidad en general.

En sentido análogo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que “una acepción posible del 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”.

La seguridad nacional es una de las pautas de restricción de interpretación más estricta. De vapuleada invocación en los países del tercer mundo en general y en los de la América Latina en la década del 70, ha servido para segar más vidas que las que con su invocación se pretende preservar.

Existe consenso en que el calificativo nacional apunta a lo que concierne a un país y no sólo a su gobierno. Su definición se esboza a partir de una exégesis de la Carta de las Naciones Unidas. En este sentido, en el contexto actual del derecho internacional de los derechos humanos, universal y regional, la mención de la seguridad nacional sólo autoriza la limitación de derechos cuando existe una efectiva amenaza o un uso de fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado. Consecuentemente, ninguna violación a los derechos humanos puede justificarse a la luz de la seguridad nacional. De allí que se haya dicho, no sin razón, que la seguridad nacional en relación con los habitantes de un país consiste en la inviolabilidad de sus derechos humanos.

En 1978 en su sentencia en el caso “Klass”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que en ese momento las sociedades democráticas estaban amenazadas por formas altamente sofisticadas de espionaje y de terrorismo y que, en consecuencia, el Estado debía ser capaz de llevar a cabo la vigilancia secreta de los elementos subversivos en su jurisdicción. En este sentido, sostuvo que “la existencia de disposiciones legislativas acordando los poderes de vigilancia secreta de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones son, ante una situación excepcional, necesarias en una sociedad democrática en atención a la seguridad nacional y/o en la defensa del orden y en la prevención de infracciones penales”.

La Corte de Estrasburgo admitió que la orden respecto de la medida de vigilancia secreta y su desarrollo deben ejercerse sin el conocimiento del interesado pues así lo exigen la naturaleza y la lógica misma de la vigilancia secreta. Sin embargo, apuntó que ello no excluye la obligación de respetar tan fielmente como sea posible los valores de una sociedad democrática en los procedimientos de control. “Ello implica, entre otras cosas, que una injerencia del ejecutivo en los derechos de un individuo sea sometida a un control eficaz que debe normalmente asegurar, al menos como último recurso, el acceso al poder judicial, pues él ofrece las mejores garantías de independencia, de imparcialidad y de regularidad en el procedimiento”. Aunque “el tribunal estima en principio deseable que el control sea confiado a un juez, en un campo donde los abusos son potencialmente propicios en casos individuales y podrían entrañar consecuencia perjudiciales para la sociedad democrática en su conjunto”, en el caso de especie consideró que “la exclusión del control judicial no transgrede los límites que han de predominar necesariamente en una sociedad democrática”. Ello fue así en razón de que la ley G10 prevé la existencia de un Comité de Parlamentarios -de composición equilibrada y con representación de la oposición- y un Comité Especial G10; además, el derecho interno permite interponer un recurso ante el tribunal constitucional.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha entendido que la negativa de un Estado parte a expedir pasaporte a uno de sus nacionales que incumplió la obligación cívica del servicio militar era acorde con el artículo 12.3 del Pacto toda vez que estaba prevista por ley, debía considerarse en principio necesaria para la protección de la seguridad nacional y el orden público, no era discriminatoria ni violaba otro derecho previsto en el Pacto. Por el contrario, sostuvo que había violación al artículo 19 del Pacto en el caso de un individuo que fue detenido y sometido a duras condiciones de trato por haber ejercido su derecho a la libertad de expresión, atribuyéndosele no haber tenido en cuenta el contexto político del país ni su lucha permanente por la unidad. El Comité consideró “que para proteger una unidad nacional supuestamente vulnerable no era necesario someter al autor [de la petición] a detención, reclusión prolongada ni tratos que violaran el artículo 7... que el legítimo objetivo de salvaguardar, e incluso fortalecer, la unidad nacional en condiciones políticas difíciles no puede alcanzarse tratando de silenciar a los defensores de la democracia pluripartidista, los principios democráticos y los derechos humanos”.

La seguridad pública, por su parte, apunta a proteger contra peligros para la seguridad de las personas o de sus bienes.

A su vez, en el contexto interamericano, el bien común ha sido entendido “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”.

Por su parte, la salud pública puede ser invocada para restringir el ejercicio de determinados derechos de manera de permitir al Estado adoptar las medidas necesarias para prevenir, o en su caso enfrentar, serias amenazas a la salud de la población o de alguno de sus miembros. Cabe aquí apuntar que el concepto de salud es el que consagra la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, esto es, *un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedades*.

La “moral” es, sin duda, uno de los conceptos de más difícil definición y, por ello mismo, uno de los dotados de mayor imprecisión especialmente en el contexto universal. La práctica internacional parece pacífica al señalar que no hay una noción de moral pública que se adecue a las normas universales sino que ello depende de varios factores. Esta pluralidad de concepciones no se plantearía en los contextos regionales en los que la nota aglutinante estaría dada por alguna suerte de homogeneidad en el enfoque de la cuestión.

Dado que la moral pública varía con el paso del tiempo y de una cultura a otra, se asume que el Estado goza de cierto margen de apreciación cuando la invoca como pauta legítima para restringir el ejercicio de determinados derechos, sin perjuicio de lo cual debe demostrar que tal restricción es esencial para el mantenimiento del respeto por los valores fundamentales de una sociedad. En todo caso, el mencionado margen de apreciación no se aplica respecto del principio de no discriminación.

En su sentencia en el caso “Dudgeon”, ya citado, la Corte Europea de Derechos Humanos entendió que la finalidad general cumplida por la legislación penal vigente en Irlanda del Norte, que prohíbe actos homosexuales realizados en privado entre varones que consienten, sigue siendo la protección de la moral en el sentido de los criterios éticos que se viven en Irlanda del Norte.

Los derechos y libertades de terceros o los derechos y reputación de otros como pauta de limitación derivan de las más clásicas definiciones de derecho, como orden jurídico objetivo, dadas por el derecho romano. Traduce la existencia de un conflicto que debe resolverse en favor de los derechos de los unos limitando los derechos de los otros. En este sentido, resulta necesario precisar cuales son los criterios para resolver el conflicto planteado. Esencialmente el respeto por la dignidad humana, que es el valor subyacente al reconocimiento positivo de los derechos humanos, y la vigencia del principio de no discriminación, aplicados caso por caso.

En una denuncia en la que se planteaba la situación de tres comerciantes canadienses, residentes en la provincia de Quebec, que se sentían afectados en su derecho a la libertad de expresión en razón de una ley que prohibía utilizar el idioma inglés en los carteles con fines de publicidad, el Comité de Derechos Humanos señaló que “si bien las restricciones a la colocación de carteles publicitarios en el exterior han sido efectivamente previstas en la ley, la cuestión que se ha de abordar es si son necesarias para el respeto de los derechos de los demás. Los derechos de los demás sólo podrían ser los de la minoría de habla francesa en el Canadá de acuerdo con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se trata del derecho a utilizar el idioma propio, que no se ve afectado por la libertad de los demás para hacer publicidad en un idioma distinto del francés. Tampoco tiene motivos el Comité para creer que se vería amenazado el orden público por el hecho de colocar anuncios comerciales en el exterior en un idioma que no sea el francés”.

En el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, se exige que las limitaciones fomenten el bienestar general, esto es, que reflejen un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto. De alguna manera, el artículo preserva un mínimo de derechos básicos cuya restricción no se considera compatible con la promoción del bienestar general en una sociedad democrática, el derecho a la alimentación, la atención primaria de la salud, el derecho a tener un alojamiento precario y la educación básica. El mismo criterio del bienestar general en una sociedad democrática impone la protección a los grupos más vulnerables en situaciones de restricción, como por ejemplo los períodos de ajuste.

Las normas relativas a la libertad de circulación y la cláusula general del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exigen que la limitación “sea compatible con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto” o “compatible con la naturaleza de estos derechos”. Ello se entiende de la compatibilidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y, especialmente, el de no discriminación. En punto a los derechos económicos, sociales y culturales se ha precisado que el criterio de que se trata “no deberá interpretarse o aplicarse, si por este proceder se amenaza la esencia misma del derecho en cuestión”.

La enorme amplitud de los conceptos apuntados no ha escapado a la consideración de la jurisprudencia internacional que ha reconocido que ellos “pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos” y, por tal motivo, los ha acotado subrayando que “esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de una ‘sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y el fin de la Convención”.

En el mismo orden de ideas, al expresarse en relación con el artículo 18 del Pacto, el Comité de Derechos Humanos señaló: “Al interpretar el alcance de las cláusulas de limitación permisibles, los Estados partes deberían partir de la necesidad de proteger los derechos garantizados en el Pacto, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación en todos los terrenos especificados en los artículos 2, 3 y 26. Las limitaciones impuestas deben estar prescritas por la ley y no deben aplicarse de manera que vicien los derechos garantizados en el artículo 18. El Comité señala que el párrafo 3 del artículo 18 ha de 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 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”.

Como puede observarse, si bien las normas son claras en cuanto a la enunciación de los criterios que sirven a las restricciones legítimas y la jurisprudencia internacional se ha encargado de precisar los conceptos interesados en esas restricciones, el margen de apreciación librado a la discrecionalidad de la autoridad judicial es amplio. Y en esa amplitud tienen cabida valores culturales que, obviamente, conocen de parámetros de tiempo y de espacio.

El Régimen Hemisférico sobre Situaciones de Emergencia
(Claudio Grossman, *“Estudios Básicos de Derechos Humanos I”*, 1994)
[Notas omitidas]

II. REQUISITOS NECESARIOS PARA DECLARAR ESTADOS DE EMERGENCIA

En el hemisferio, el texto legal válido que regula el régimen de situaciones de emergencia es, en primer término, la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica, en 1969.

Para los países de las Américas que no han ratificado la Convención Americana, el texto aplicable es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Si bien la Declaración Americana no contiene una disposición específica sobre emergencias, generalmente se ha aceptado que las disposiciones de la Convención Americana se aplican para suplementarla. En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que la Convención tiene el valor de “doctrina aplicable” en el hemisferio en el caso de silencio de la Declaración.

Asimismo, es importante señalar que en lo relativo a situaciones de emergencia se han desarrollado normas consuetudinarias universalmente aplicables. Tanto la Convención Europea como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tienen normas sobre emergencias relativamente similares, lo que crea un verdadero régimen universal.

El artículo 27 de la Convención Americana establece expresamente que:

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

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 27, se pueden identificar los siguientes requisitos para la declaración y manutención de situaciones de emergencia.

1. Sujeto

2. Objeto

3. Causa

4. Formalidad y

5. Conducta

1. Sujeto. El sujeto es la autoridad con la capacidad legal para declarar una situación de emergencia. La Convención Americana en su artículo 27 se refiere en términos genéricos al “Estado Parte”. Aunque la Convención Americana no señale específicamente quién puede declarar la situación de emergencia a nombre del Estado Parte, aplicando las normas del derecho internacional clásico, se puede concluir que en general tienen capacidad de representar al Estado Parte las autoridades que válidamente pueden generar la responsabilidad internacional del Estado. Desde este punto de vista, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo y el Poder Judicial pueden tener la responsabilidad de la declaración de una situación de emergencia.

El derecho internacional no prescribe específicamente qué autoridad nacional puede declarar una emergencia. Esto es una cuestión dejada al derecho interno de cada país. Con todo, para asegurar una mayor protección de los derechos humanos, el Poder Legislativo debe desempeñar un rol importante en la declaración de emergencia, ya sea efectuándola directamente o validando una declaración del Poder Ejecutivo. El fundamento teórico de otorgar poderes al Legislativo se basa en el principio de que quienes representan a la población adoptando las leyes, deben tener también la facultad de suspenderlas. El carácter de cuerpo colegiado del Poder Legislativo da más seguridad que en dicho poder se ventilarán las opiniones de todos los puntos de vista representativos de un país. A esto se agrega el carácter público de sus debates, lo que garantiza el acceso de la población a los motivos invocados para la declaración de una emergencia.

El Poder Judicial no es en general competente para declarar una situación de emergencia, en función del principio de la separación de poderes. Sin embargo, al Poder Judicial le corresponde también, de acuerdo con dicho principio y en distinto grado, la facultad de supervisar que se ha cumplido con las condiciones legales para tal declaración y/o que la declaración se implementa válidamente.

Otorgar facultades exclusivas al Poder Ejecutivo plantearía el grave problema de que tal capacidad en caso de emergencias tienda a estimular fenómenos de concentración de poder sin balances y contrapesos, con consecuencias negativas en lo referente a la protección de derechos humanos. El Poder Ejecutivo puede, sin embargo, desempeñar un papel en el caso de imposibilidad fáctica de que se reúna el Poder Legislativo.

2. El objeto de la situación de excepción es aquello que la declaración misma afecta. En virtud de la Convención Americana, lo que se afecta, en primer término, es la obligación del respeto pleno de los derechos humanos que deben ser aplicados en tiempos de paz. La Convención Americana incluye un listado exhaustivo de derechos que deben ser respetados.

3. La Causa de la declaración es el motivo que da origen a la declaración de un estado de emergencia. El artículo 27 de la Convención Americana se refiere a la existencia de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado Parte como motivo legítimo para la declaración de una situación de excepción. De ello se infieren una serie de condiciones de carácter “concurrente” que deben presentarse a fin de revestir de legitimidad el motivo de la declaración.

a. La primera condición para declarar una situación de emergencia se refiere a la existencia de un hecho real o inminente. En este sentido el artículo 27 de la Convención establece que es necesario que el Estado enfrente una situación de guerra, peligro público u otra emergencia de similar naturaleza. Se trata de elementos objetivos, descartándose la posibilidad de recurrir a la declaración de un estado de emergencia por motivos simplemente preventivos. Tal sería el caso de la existencia de peligros potenciales, latentes o que revistan un carácter meramente especulativo. Es por ello que la Secretaría de la CIDH en su “Estudio Preliminar del Estado de Sitio y la Protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos” calificó como “estados de sitio ficticios” aquellos en que los hechos alegados que justifican la declaración del estado de sitio no han ocurrido.

En la práctica, la CIDH ha reiterado en numerosas oportunidades que para que la declaración de un estado de emergencia sea legítima el motivo debe ser real.

En este sentido, en su Informe Anual de 1980-1981 y con referencia a los casos de Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Grenada, el Salvador, Haití, Nicaragua, Paraguay y Uruguay, la Comisión señaló que:

Sin embargo, en la práctica, muchas veces, estos estados de emergencia han sido dictados “sin que las circunstancias lo justifiquen”, como un simple medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público. Esta contradicción queda en evidencia cuando las propias autoridades públicas afirman, por una parte, que existe paz social en el país y, por otra, establecen estas medidas de excepción, las que sólo pueden encontrar justificación frente a “amenazas reales” al orden público o a la seguridad del Estado.

b. La segunda condición es que la emergencia debe revestir un carácter de “extraordinaria gravedad”. La Convención requiere que tal gravedad debe amenazar la “independencia o seguridad del Estado Parte”. Por lo tanto, si el estado de guerra o de peligro público que enfrenta un Estado no conlleva una amenaza a su independencia o su seguridad, no es posible recurrir a una situación de excepción puesto que es posible dar solución a tal amenaza con el ejercicio de los poderes normales del Estado.

En el ya mencionado “Estudio Preliminar del Estado de Sitio y la Protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos” se concluyó que “detrás de la fachada de velar por la seguridad del Estado”, en la mayor parte de los casos se había incurrido en excesos indescriptibles. En efecto, con demasiada frecuencia se recurre a una declaración de un estado de emergencia con el fin de justificar derogaciones de derechos humanos e imponiendo políticas gubernamentales normalmente minoritarias mediante métodos represivos o militares.

En el anteproyecto de Convención preparado por la CIDH se puso de relieve el carácter grave y extraordinario de los motivos que podrían justificar una situación de excepción, en marcada diferencia con los anteproyectos de Uruguay, Chile y el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en los que se confiaba al derecho interno de cada Estado el identificar los elementos necesarios que debían estar presentes para configurar un estado de emergencia. La adopción de esta última posición habría relativizado la importancia del valor del requisito de gravedad, al dejarlo condicionado a las exigencias del derecho interno. En la Conferencia de San José prevaleció la posición de la Comisión.

A fin de comprender cabalmente la magnitud que debe revestir el requisito de gravedad para declarar legítimamente un estado de emergencia, cabe destacar que la Convención, en un gran número de artículos referidos a las libertades públicas, establece la posibilidad de aplicar restricciones con el objeto de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y las libertades de los demás. Este es el caso de los artículos 12 (libertad de conciencia y religión), 13 (libertad de pensamiento y expresión), 15 (derecho de reunión), 16 (libertad de asociación) y 22 (derecho de circulación y residencia). Si la seguridad es una de las causas que permiten la restricción de las libertades anteriormente mencionadas, el peligro a la seguridad requerido en la declaración de un estado de excepción debe ser de extrema gravedad y de mucha mayor envergadura que en el caso de las restricciones establecidas en los artículos anteriormente mencionados de la Convención.

Por último, debe señalarse que el requisito de gravedad extraordinaria otorga a la situación de emergencia un “carácter estrictamente subsidiario”: es posible recurrir a ella sólo ante el fracaso de los poderes que normalmente tiene un Estado para desempeñar sus funciones.

c. La tercera condición necesaria de la causa válida para declarar un estado de excepción es que la emergencia afecte la existencia de la comunidad en su conjunto. En este sentido, la Comisión Interamericana ha señalado que el evento que precede la declaración de la emergencia debe ser de excepcional seriedad y por lo tanto constituir una “amenaza a la vida organizada del Estado”. Es oportuno hacer dos salvedades: primero, se debe tratar de una amenaza al Estado y no al gobierno del Estado. En segundo término es necesario tener en cuenta otros artículos de la Convención que deben aplicarse simultáneamente con el artículo 27. El artículo 1 de la Convención por ejemplo, establece la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna con motivo 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.

El artículo 2 de la Convención establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno en los Estados Partes que permitan el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 si éstos no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

El artículo 23 se refiere a los derechos políticos e incluye el goce del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, de votar y ser elegido, y de tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas del país.

Finalmente, el artículo 29 sobre normas de interpretación establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella, o limitarlos en mayor medida que la autorizada en ella o en las leyes de los Estados Partes o en violación de otra Convención. Además, está también prohibido desconocer los derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, o excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

4. Formalidades. La Convención exige que la declaración de una situación de emergencia y las medidas que ésta estipula deben cumplir con requisitos de carácter formal. Los Estados Partes de la Convención deben ser informados de la declaración de un estado de emergencia por intermedio del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.

A fin de que esta comunicación sea válida, el Estado que declare la emergencia debe a su vez cumplir en su comunicación a los otros Estados con ciertas condiciones establecidas en el párrafo tercero del artículo 27 de la Convención. En primer término, debe hacer referencia a las disposiciones cuya aplicación haya sido suspendida; en segundo lugar, a los motivos que han originado la suspensión y, por último, a la fecha en que se haya dado por concluida tal suspensión. El cumplimiento de estas formalidades debe ser evaluado teniendo presente la finalidad de las mismas, es decir, el permitir a los Estados Partes controlar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención. Es por ello que la información presentada debe ser lo más completa posible, para que los Estados puedan concluir si se han cumplido las obligaciones internacionales del Estado Parte que recurrió a la declaración del estado de excepción.

5. Conducta del Estado parte que declara la situación de emergencia. Ello tiene relación con el actuar concreto de dicho Estado en relación con todas las normas requeridas para el caso de una situación de excepción válida. El requisito de conducta acorde con el derecho se aplica no sólo a acciones sino también a omisiones. En efecto, las omisiones también pueden originar responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de las normas de la Convención. Es lo que sucede cuando un gobierno no cumple con su obligación de reprimir hechos violatorios de la Convención o de prevenir la ocurrencia de dichos hechos.

III. DERECHOS AFECTADOS POR LA DECLARACION DE EMERGENCIA

La Convención distingue dos clases de derechos: a) derechos inderogables, es decir aquellos que tienen carácter absoluto y por lo tanto no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia, y b) derechos que pueden ser suspendidos o limitados pero solamente bajo las condiciones impuestas por la misma Convención.

A) El artículo 27, segundo párrafo de la Convención establece como derechos absolutos los incluidos en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 9 (principios de legalidad y retroactividad), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad), 23 (derechos políticos) y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

A la enumeración del artículo 27 es necesario añadir en primer término el artículo 1 de la Convención, puesto que de esta disposición se desprende que hay un derecho a esperar del Estado el respeto y la garantía de los derechos y libertades reconocidos. El artículo 27 prohíbe además la discriminación en su aplicación. El número de derechos de carácter absoluto puede ampliarse a través de otras normas internacionales ya que el artículo 27 establece que una emergencia no debe ser incompatible con las demás obligaciones que impone el derecho internacional.

En lo que se refiere a cuáles son las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27, la Corte Interamericana, a pedido del gobierno del Uruguay emitió una Opinión Consultiva. En su razonamiento, la Corte consideró el alcance del artículo 8 de la Convención sobre debido proceso

A continuación, la Corte procedió a considerar más específicamente las garantías que la Convención menciona, que pueden ser de tres tipos:

- i) habeas corpus
- ii) amparo
- iii) garantías inherentes a la preservación del estado de derecho.

i) El artículo 7.6 de la Convención regula el hábeas corpus

ii) El artículo 25.1 incorpora el recurso de amparo

iii) Las garantías inherentes a la preservación del Estado de Derecho están prescritas por el artículo 29 c de la Convención

La Corte concluyó que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven además para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

La Corte agregó además que todas las garantías inherentes a la preservación del Estado de Derecho tienen un carácter absoluto debido a que considera que el Estado de Derecho es parte imprescindible de la forma democrática representativa de gobierno.

En virtud de lo anterior, aun en aquellos casos en que se pueda declarar válidamente una emergencia no pueden derogarse el recurso de hábeas corpus, el recurso de amparo y aquellas garantías inherentes a la preservación del Estado de Derecho. La Corte también consideró

inderogables las garantías judiciales necesarias para la protección de los derechos absolutos mencionados en el artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por último debe señalarse que la enumeración realizada por la Corte no es exhaustiva. En efecto, la práctica de los Estados Partes puede ir agregando nuevos derechos. Además cada Estado puede añadir derechos que no se pueden suspender, ya que las normas internacionales sólo establecen un mínimo de protección y no prohíben una mejor protección por el derecho nacional de cada país.

B) La Convención hace también referencia a aquellos derechos que pueden ser suspendidos en situaciones de emergencia. Sin embargo, para que pueda producirse válidamente tal suspensión es necesario que se cumpla con los requisitos estrictamente requeridos por la Convención, de: a) necesidad, b) temporalidad, c) proporcionalidad, d) compatibilidad con otras obligaciones, e) no discriminación, y f) sujeción a derecho por parte de las autoridades.

a) La suspensión de un derecho es “necesaria” cuando no existe alternativa de acción en el caso concreto: las medidas deben ser absolutamente inevitables y requeridas por la situación.

b) Las medidas deben ser temporales, es decir sólo pueden prolongarse en el tiempo por el período requerido por la situación. En consecuencia, la prescripción de medidas de suspensión por tiempo ilimitado, o su mantenimiento habiendo desaparecido las circunstancias que las motivaron, constituye una transgresión a la Convención.

c) La proporcionalidad de las medidas significa que éstas se adoptan “en la medida” que lo requieran las circunstancias del caso.

d) El requisito de compatibilidad de una suspensión con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, hace necesario verificar si las medidas adoptadas no son inválidas en función de obligaciones que pueden surgir para un Estado de otras fuentes de derecho que la Convención Americana (consuetudinarias o convencionales).

e) La prohibición de no discriminación reviste tal importancia que se encuentra incluida también en los artículos 1 y 24. Ello se debe a que el principio de no discriminación es considerado *jus cogens*. Este aspecto es muy importante puesto que las suspensiones de derechos no absolutos pueden llegar a carecer de validez en función de este principio.

f) Finalmente, las posibilidades de suspensión de derechos reconocidos en la Convención Americana suponen que las autoridades deben actuar de acuerdo con las leyes que se declaren por razones de interés general y con la finalidad para la cual han sido establecidas.

4. Jurisprudencia

Preguntas

Como se ha señalado anteriormente, la jurisprudencia es una fuente auxiliar del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, a su criterio ¿que valor le otorgaría a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar y aplicar una norma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? ¿y a la jurisprudencia de la Comisión? ¿coincide usted con el valor que le otorgó la Corte Suprema argentina en el caso *Giroldi*? ¿y con la interpretación extensiva del profesor Moncayo?

La jurisprudencia internacional “como guía”

(Guillermo Moncayo, “Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino”, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, CELS, 1997)

En la aplicación de los tratados sobre derechos humanos cabe tener presente otros rasgos particulares. El primero, consiste en el carácter de fuente interpretativa que la Corte Suprema acuerda a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aunque insinuado este reconocimiento en los precedentes “*Servini de Cubría*” . . . y “*Ekmedjian c/Sofovich*” . . . , fue en el caso “*Giroldi Horacio David y otro s/recurso de casación*” (sentencia del 7 de abril de 1995), donde este principio fue definido con nitidez.

Para la Corte Suprema, tal jurisprudencia “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”.

En el caso “*Giroldi*” se objetó la constitucionalidad de una norma del Código Procesal Penal de la Nación (art. 459, inc. 2) que veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón de la exigüedad de las penas. Tales sentencias, de poco monto sancionatorio, devienen así definitivas, lo que fue considerado incompatible con la disposición del Pacto de San José de Costa Rica que impone la doble instancia judicial como “garantía mínima” para “toda persona inculpada de delito” . . .

La Corte Suprema declaró la invalidez constitucional de la limitación establecida en aquella norma procesal afirmando la superior jerarquía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y estableció que la exigencia de la doble instancia se hallaba satisfecha mediante el recurso de casación ante la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal, recurso que no podía ser afectado por la limitación objetiva de la norma.

. . . .

A juicio de la Corte, ella debe aplicar los tratados de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”, lo que significa en la forma en que la Convención Americana efectivamente rige en el ámbito internacional y “considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.

. . . .

Afirmó entonces la Corte Suprema que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “debe servir de guía” para la interpretación de los preceptos convencionales y en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de ese Tribunal Interamericano para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José de Costa Rica.

Tal jurisprudencia de la Corte Interamericana, por la valoración que de ella hace la Corte Suprema argentina, se halla dotada de una suerte de “ultra-actividad” que despliega efectos de alcance interpretativo en la jurisdicción interna. Podría bien considerarse que aquella Corte es la intérprete auténtica del Pacto de San José de Costa Rica cuando se pronuncia sobre él en cuestiones contenciosas o por vía consultiva. . . .

Podría decirse que así como los tribunales inferiores de la Nación se hallan obligados moralmente a seguir los criterios interpretativos de la Corte Suprema . . . , particularmente en materia constitucional, y también lo están por la necesidad institucional de respeto y acatamiento de sus decisiones . . . los Tribunales de la Nación deberían procurar ajustar la interpretación de las normas de derechos humanos a los criterios de la Corte Interamericana o de las jurisdicciones internacionales competentes.

Por supuesto, no media delegación o transferencia de funciones judiciales, ni siquiera un vínculo de acatamiento obligatorio, pero sí un voluntario reconocimiento del carácter de intérprete auténtico de las normas internacionales que nuestra Corte ha reconocido explícitamente en la Corte Interamericana.

Con un sentido extensivo, creemos que la interpretación que haga la Corte Europea de Derechos Humanos del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales . . . y de sus Protocolos Adicionales, que tengan un contenido similar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, podrían también servir de guía interpretativa a nuestros tribunales.

En este sentido, la propia Corte Interamericana ha invocado jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (OC-7/86 del 29 de agosto de 1986) y también lo ha hecho de la Comisión Europea de Derechos Humanos (caso “Austria vs. Italy”, ya citado).

C. INCORPORACION DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

Preguntas

¿Cómo se incorpora el derecho internacional en su país? ¿Se considera parte del derecho interno? ¿Existe una diferencia entre la incorporación de tratados y otras fuentes del derecho internacional como la costumbre internacional?

La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno

(Eduardo Jiménez de Aréchaga, 7 Revista del Instituto

Interamericano de Derechos Humanos 25, 1988)

[Notas de pie de página omitidas]

La pregunta que se plantea en el título del presente estudio - la Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno - suscita de inmediato la cuestión más vasta de las relaciones entre el Derecho Internacional y Derecho Interno.

Bajo este rótulo común de “Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno” se estudian en general dos problemas diferentes: la independencia o la interconexión entre ambos sistemas jurídicos, por un lado, y por el otro la jerarquía respectiva entre las normas internacionales y las internas. Se trata, sin embargo, de dos cuestiones que, del punto de vista lógico, pueden perfectamente distinguirse y el estudio gana en claridad si se analizan separadamente. Lo que contribuye a la confusión es el uso común e indiscriminado de la dicotomía “monismo-dualismo” respecto de estas dos cuestiones diferentes.

La primera cuestión consiste en determinar si el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos sistemas jurídicos tan separados e incommunicados que, a falta de una norma legislativa interna que opere una “transformación”, los individuos no pueden ser alcanzados por las reglas del Derecho Internacional o si, por el contrario, existe una interconexión entre ambos sistemas jurídicos, admitiéndose entonces la posibilidad de una incorporación automática y una aplicación directa de las normas de Derecho Internacional por los tribunales judiciales y las autoridades administrativas internas. La etiqueta de “dualismo” debe reservarse para la primera posición y el término “monismo” para la segunda.

La segunda cuestión, que es totalmente distinta, no concierne la separación o interconexión entre ambos sistemas jurídicos, sino su jerarquía: en caso de conflicto entre normas de Derecho Interno, ¿cuál es la que prevalece? Aquí nada tiene que ver la dicotomía monismo-dualismo.

LA PRIMERA CUESTION: MONISMO VERSUS DUALISMO

El fundador de la escuela dualista, el jurista alemán Triepel, comparaba el Derecho Internacional a un mariscal de campo, que puede dar órdenes a los generales, pero no a los soldados. En su tesis, los individuos no pueden nunca ser obligados ni beneficiados por las normas de Derecho Internacional: sólo el Estado es el obligado o favorecido por ellas, en sus relaciones con otros Estados. A fin de alcanzar al individuo la norma de Derecho Internacional debe ser transformada en disposiciones de Derecho Interno, sean leyes o medidas administrativas.

La determinación de si un Estado sigue esta doctrina dualista o, por el contrario, admite la incorporación automática de normas internacionales en su orden interno, no es cuestión regida por el Derecho Internacional Público, sino que resulta de una opción que hace el Derecho Constitucional de cada Estado.

El estudio comparativo de las normas vigentes en el Derecho Constitucional contemporáneo sobre el tema evidencian una preferencia definitiva en la mayoría de los Estados por la doctrina monista de la incorporación automática de las normas internacionales en el derecho interno, sin necesidad de la transformación que requería Triepel. Y esto ocurre tanto respecto de las normas internacionales que emanan de tratados, como de las reglas del Derecho Internacional consuetudinario.

El Derecho Constitucional comparado revela distintos métodos para alcanzar este objetivo. Es frecuente que las Constituciones de la segunda pos-guerra contenga una disposición estableciendo que los tratados, o, con mayor latitud, las reglas generales del Derecho Internacional son parte del Derecho del Estado. En otros países, a falta de norma constitucional expresa, ha sido la jurisprudencia la que ha establecido el principio de que "el derecho internacional es parte del derecho del país" ("part of the law of the land"). En la mayoría de los Estados, hoy en día, las normas del Derecho Internacional no sólo rige entre los Estados, sino también dentro de los Estados.

Hay, sin embargo, países que permanecen atados a la escuela dualista, ya sea respecto de todas las normas internacionales o, por lo menos, respecto de aquellas que se originan en tratados, pues requieren un acto legislativo de transformación a fin de aplicarlos internamente. Es así posible que un Estado adopte la posición monista respecto de las normas de origen consuetudinario y la tesis dualista con respecto a los tratados, como sucede en Inglaterra, por ejemplo. Es también lógicamente posible adoptar la posición opuesta.

. . . .

LA CUESTION DE JERARQUIA

Tampoco la cuestión de cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de Derecho Internacional y las de Derecho Interno, es regida por el Derecho Internacional sino que depende del Derecho Constitucional de cada país. Y en esa materia hay grandes diferencias. Hay Estados que acuerdan a las normas internacionales la mas alta jerarquía, al punto que pueden incluso modificar las normas de la Constitución; otros equiparan las normas internacionales con las

disposiciones de la Constitución; un tercer grupo de países admite que las reglas del Derecho Internacional, aunque no pueden modificar la Constitución, prevalecen sobre las disposiciones legislativas. Finalmente, la posición más difundida, y a la que está afiliado el Uruguay, es la que coloca en un pie de igualdad las disposiciones de los tratados, así como las normas consuetudinarias, con los actos legislativos. Esto significa que habrá de prevalecer la regla adoptada con posterioridad, sea interna o internacional. La norma posterior desplaza a la anterior en el tiempo.

. . . .

Constitución Política de El Salvador

Artículo 144

Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Constitución de la República de Honduras

Artículo 16

Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo.

Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno.

Constitución de la República del Paraguay

Artículo 137

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado

Artículo 141

Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137.

Constitución Política del Perú **Artículo 55**

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos **Artículo 133**

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

D. JERARQUIA DE LOS TRATADOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO DE LOS ESTADOS

Preguntas

¿Cuál es la jerarquía de los tratados en el marco del ordenamiento jurídico de su país? ¿Existe una diferencia entre los tratados de derechos humanos y aquéllos que regulan otras materias? ¿Coincide usted con la postura del Dr. Ayala en el sentido de que la tendencia a “constitucionalizar los derechos humanos” hace perder relevancia a la cuestión de la jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico interno de los Estados?

LA JERARQUIA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

(Carlos M. Ayala Corao, presentado en el “Seminario sobre el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, organizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996)
[Notas omitidas]

La jerarquía de los diversos instrumentos internacionales en general, y en particular sobre Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal, es una materia a ser determinada fundamentalmente por la propia Constitución. Es por tanto la Constitución la llamada a establecer el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico interno o las fuentes del Derecho estatal. Como lo expresó Jiménez de Aréchaga, la cuestión de cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de Derecho Internacional y las de Derecho Interno, es regida por el Derecho Constitucional de cada país. Lo mismo ocurre con la decisión que adopte cada Estado, en relación a su posición monista o dualista sobre el Derecho Internacional: la determina su propia Constitución.

En términos generales las Constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales, cuatro tipos de rango o valor: 1) supraconstitucional; 2) constitucional; 3) supralegal; y 4) legal.

I RANGO SUPRACONSTITUCIONAL

Conforme a este sistema, anota Vargas Carreño, los tratados internacionales prevalecen aún respecto a la Constitución del propio Estado.

Como ejemplo de este sistema, suele citarse la Constitución de los Países Bajos de 1956, cuyo artículo 63 estableció:

“si el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de la Constitución”.

Dicha Constitución fue modificada en 1983, en cuyo artículo 91 se exige para la aprobación de tratados que contradigan la Constitución, 2/3 de los votos escrutados. Y el artículo 94 de dicha Constitución vigente establece en consecuencia, que las normas jurídicas del Reino no serán aplicables, cuando ésta sea incompatible con las disposiciones de un tratado o con las resoluciones internacionales.

En América Latina, Piza Rocafort ha considerado, que los casos de Guatemala y Honduras, resultan asimilables, de alguna manera, al sistema de rango supraconstitucional de los instrumentos internacionales. La Constitución de Guatemala, respecto a los instrumentos internacionales establece en su artículo 46, el principio general de que (solo) en materia de derechos humanos los tratados y convenciones tienen preeminencia sobre el derecho interno:

“Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

Esta fórmula genérica de preeminencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sobre el “derecho interno”, podría dar lugar a dudas sobre si en ella está claramente comprendida la Constitución. Sin embargo, dicha duda puede aclararse al conocerse que el origen de la norma se debe, al impacto de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, en la cual la Corte estableció, que un país no puede, aunque su Constitución se lo permita (como era el caso de Guatemala), “aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna”.

En el caso de Honduras, el artículo 16 establece que los tratados celebrados con otros Estados, forman parte del Derecho Interno; y el artículo 18, consagra la preeminencia de los tratados sobre las leyes, en caso de conflicto. Pero además de esos principios generales y ordinarios, la propia Constitución en su artículo 17 permite los tratados internacionales contrarios a ella, en cuyo caso exige su aprobación por el procedimiento de reforma constitucional:

“Cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo”.

Una fórmula similar a la de Honduras está contenida en la nueva Constitución de Perú de 1993, en su artículo 57:

“Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

En esos casos pareciera operar en la práctica una reforma de la Constitución por vía de un tratado internacional, que adquiere el carácter de una “ley constitucional” capaz de modificar el Texto Fundamental, en virtud de la autorización expresa o delegación del poder constituyente. De lo contrario, en caso de no efectuarse la aprobación del tratado por el procedimiento de reforma constitucional, el mismo resultaría inconstitucional.

....

II RANGO CONSTITUCIONAL

Conforme a este sistema, los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución. En otras palabras, los tratados internacionales tienen rango constitucional, adquiriendo la supremacía y en consecuencia la rigidez, propias de la Constitución.

Modelo de este sistema lo configura la Constitución de Perú de 1979, derogada por la que fue aprobada en 1993 que entró en vigencia en 1994. El artículo 105 de la referida Constitución de 1979, establecía:

“Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

La nueva Constitución de Argentina de 1994, si bien le da a los tratados en general una jerarquía “superior a las leyes”; a los tratados y declaraciones vigentes sobre derechos humanos, que enumera expresa y taxativamente en el artículo 75 inciso 22, les otorga la “jerarquía constitucional”; y los demás tratados sobre derechos humanos, podrán gozar de la “jerarquía constitucional”, en caso de que luego de ser aprobados por el Congreso se les imponga el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Dicha norma expone el siguiente contenido:

“Artículo 75.- Corresponden al Congreso:

... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a la leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional." (Subrayados nuestros).

Con lo cual, conforme a dicha norma, los tratados sobre derechos humanos gozan de la misma jerarquía que la Constitución. Por ello, esos tratados solo pueden ser denunciados previo cumplimiento de un procedimiento agravado, previsto en la Constitución: la previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

III RANGO SUPRALEGAL

En este sistema, las normas de Derecho Internacional tienen un valor superior a las normas de Derecho Interno -aunque no pueden modificar la Constitución-. Es decir, los tratados prevalecen en este caso, sobre las leyes nacionales.

....

En América Latina, el sistema de jerarquía suprallegal de los tratados, ha sido acogido por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Colombia.

En el caso de Costa Rica, el artículo 7 (incorporado en 1968) establece el rango superior de los tratados sobre las leyes, (pero se entiende, inferior a la Constitución), al expresar:

"Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes".

La Constitución de El Salvador establece expresamente, artículo 144, que en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado:

"Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado".

Asimismo, la Constitución salvadoreña aclara expresamente el rango infraconstitucional de los tratados, al disponer en su artículo 145:

"No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República".

En el caso de Guatemala, conforme al artículo 46 de la Constitución antes citado, en materia de derechos humanos, los tratados “tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Por lo cual, independientemente de su ubicación supraconstitucional, en todo caso, los tratados sobre derechos humanos, tienen una jerarquía superior a las leyes y demás normas del Derecho interno.

Conforme a la Constitución de Honduras, también en todo caso, el tratado prevalece sobre la ley artículo 18:

“En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley, prevalecerá el primero”.

Por su parte, la Constitución Colombiana declara en su artículo 93, que los tratados sobre Derechos Humanos prevalecen en el orden interno:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

....

IV RANGO LEGAL

Conforme a este sistema, se confiere a los tratados internacionales el mismo rango que a la ley interna. Este sistema que coloca en igualdad jerárquica a los tratados y a la leyes, es el más difundido entre los Estados.

El sistema del rango legal de los tratados es el contenido en la Constitución de los Estados Unidos, con la fórmula tradicional consagrada en el artículo VI.2., al expresar que todos los tratados, así como la Constitución y las leyes, serán la ley suprema del país. Dicha expresión ha sido recogida por la jurisprudencia anglosajona bajo la expresión “International Law is part of the Law of the Land”.

La Constitución de México, consagra una fórmula similar a la de los Estados Unidos de América, al disponer en su artículo 133:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ellas y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

La Constitución de Venezuela, exige en su artículo 128, que salvo los supuestos allí establecidos, los tratados y convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional, “deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez”. Por lo cual, si bien dicha Constitución no establece expresamente norma alguna sobre la jerarquía de los tratados en el orden interno, al incorporarse a éste mediante ley, aquéllos en principio pasan a tener el mismo rango de ésta. Como se dijo, curiosamente el Código de Procedimiento Civil sí reconoce en los casos de Derecho Internacional Privado, la aplicación preferente de los tratados internacionales, al establecer en su artículo 8 la siguiente norma:

“En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los Jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprende de la mente de la legislación patria, y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho aceptados generalmente”.

Otras Constituciones Latinoamericanas, tampoco consagran normas expresas sobre el rango de los tratados, pero su jerarquía legal se infiere, de normas que ubican a éstos en el mismo rango de la ley. Tal es el caso de la Constitución de Ecuador, cuyo artículo 137 establece:

“La Constitución es la ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de mejor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteren sus prescripciones”.

La Constitución de Uruguay, aún cuando en su artículo 6 hace referencia a los tratados internacionales y al Derecho Internacional, no dispone expresamente su rango o jerarquía en el ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a concluir, que en esos casos los tratados tienen rango de ley.

V LA JERARQUÍA Y EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el constitucionalismo moderno existe una tendencia marcada, a equiparar los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales. En otras palabras, a otorgarle a los derechos humanos internacionales, el mismo rango y valor explícitamente consagrados en la Constitución.

Lo importante de este fenómeno de “constitucionalización de los derechos humanos”, es que el mismo se lleva a cabo, con independencia del problema anteriormente planteado, acerca de la jerarquía en sí de los tratados que los consagran. En consecuencia, el problema jurídico-formal tradicional de la jerarquía de los tratados en el Derecho Interno, deja de tener relevancia e incluso importancia en esta materia, en virtud de que desde el punto de vista material su objeto o contenido (los derechos humanos), va a equipararse al mismo rango de los derechos constitucionales. En otra palabras, los derechos humanos, por esta vía, son igualados a los derechos de la Constitución. De esta manera, los derechos humanos adquieren el rango y valor de los derechos constitucionales, y por tanto el de la Constitución misma.

Las técnicas constitucionales utilizadas en esta materia para incorporar los derechos humanos al rango constitucional, son diversas: por vía de someter la interpretación de los derechos a los instrumentos sobre derechos humanos; por vía de declarar el reconocimiento expreso de los derechos humanos, contenidos en diversos instrumentos internacionales; y por vía de las cláusulas abiertas (no taxativas) de los derechos constitucionales. Pero las Constituciones no siempre utilizan con claridad estas técnicas, y a veces utilizan más de una de ellas simultáneamente.

1. La técnica interpretativa

Esta técnica consiste en incorporar en la Constitución una cláusula conforme a la cual, las normas sobre los derechos que la propia Constitución reconoce explícitamente, deben interpretarse de acuerdo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. De esta manera, el Estado a través de sus distintos órganos del Poder Público (legislativo, ejecutivo, judicial, u otros), se encuentra vinculado para interpretar los derechos constitucionales conforme al contenido de los derechos humanos. Ello permite así, la incorporación de los derechos humanos por vía interpretativa al rango y valor de los derechos constitucionales.

La Constitución Española representa este modelo, al consagrar en su artículo 10.2. el siguiente principio:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En el caso de España, los derechos humanos adquieren además consagración propia y expresa en el Preámbulo de la Constitución, al reconocerse que los mismos constituyen una proclamación de voluntad de la Nación española, de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos . . .”

En este mismo sentido, la Constitución de Portugal establece en su artículo 16.2:

“Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

Así mismo, la Constitución de Colombia contiene una cláusula interpretativa de los derechos constitucionales, pero referida más ampliamente a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Dicha norma está contenida en el único aparte del artículo 93, el cual establece:

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

2. La técnica declarativa

Esta técnica consiste en declaraciones constitucionales de reconocimiento expreso de los derechos humanos, contenidos en diversos instrumentos internacionales. En otras palabras, con prescindencia de normas sobre el rango de los tratados y demás instrumentos internacionales, esta técnica incorpora cláusulas en la Constitución, que declaran el reconocimiento expreso de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La técnica declarativa tiene dos modalidades: A) la primera consiste, en las declaraciones de reconocimiento de los derechos humanos contenidas en los Preámbulos de las Constituciones; y B) la segunda consiste, en las declaraciones contenidas en el texto del articulado de las Constituciones.

A. Declaraciones contenidas en los Preámbulos

La mayoría de las Constituciones de la postguerra que contienen Preámbulos, suelen hacer declaraciones de propósito y de reconocimiento universal de los derechos, y algunas de ellas hacen mención expresa a los derechos humanos.

Tal es el caso de la Constitución de Venezuela (1961), la cual declara entre sus propósitos, "... la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana ..." (Préambulo).

La Constitución de Guatemala en su Preámbulo declara expresamente como finalidad de dicha Carta,

"... impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho".

B. Declaraciones contenidas en el articulado

La técnica declarativa en el articulado es utilizada en las Constituciones de Chile, Ecuador, Nicaragua y Brasil.

En el caso de Chile, la cláusula declarativa fue incorporada a la Constitución de 1980 en las modificaciones introducidas en 1989, entre las cuales se agregó al final del artículo 5 (II) una disposición según la cual:

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Como lo ha espresado Cançado Trindade en relación a esa norma, “de este modo los derechos garantizados por aquellos tratados pasaron a equipararse jerárquicamente a los garantizados por la Constitución chilena reformada”.

En Ecuador, la Constitución declara la garantía de los individuos bajo la jurisdicción del Estado, al libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos enunciados en los diversos instrumentos internacionales. En este sentido, el artículo 44 de dicha Constitución establece:

“El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes”.

Por su lado, la Constitución de Nicaragua utiliza una modalidad propia de la técnica declarativa, al integrar en la enumeración constitucional de derechos, para fines de su “protección”, aquellos consagrados en una serie de instrumentos internacionales que se mencionan expresamente. En efecto, el artículo 46 de dicha Constitución establece:

“En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

El problema de la enumeración expresa de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no es solo su desactualización frente a nuevos instrumentos, sino las dificultades interpretativas que pudieran originar las exclusiones o no inclusiones expresas de determinados instrumentos. No obstante ello, una cláusula de esta naturaleza debe interpretarse en su proyección progresiva, en el sentido de que las enumeraciones de instrumentos son a título meramente enunciativo y no taxativo. Ello resulta evidente como se verá “infra”, máxime cuando la norma en cuestión declara además en términos generales, el reconocimiento de los “derechos inherentes a la persona humana”.

En el caso de Brasil, la Constitución proclama que el Estado se rige en sus relaciones internacionales por el principio “inter alia” de la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4 (II)). Así el Estado brasileño se configura en Estado Democrático de Derecho, teniendo como fundamento la dignidad de la persona humana (artículo 1 (II)). Específicamente en relación al tema que nos ocupa, el artículo 5 (2) de la Constitución de Brasil establece:

“Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”.

De esta manera, como lo ha afirmado Cançado Trindade, la Constitución brasileña “se inserta en la nueva tendencia de Constituciones latinoamericanas recientes de conceder un tratamiento especial o diferenciado también en el plano del derecho interno a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagrados”. Más adelante agrega dicho autor,

“si para los tratados internacionales en general, se ha exigido la intermediación del Poder Legislativo, de acto con fuerza de ley de modo que otorgue a sus disposiciones vigencia u obligatoriedad en el plano del ordenamiento jurídico interno, distintamente en el caso de los tratados de protección internacional de los derechos humanos en que el Brasil es Parte, los derechos fundamentales en ellos garantizados pasan, de acuerdo con los artículos 5 (2) y 5 (1) de la Constitución Brasileña de 1988, a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno”. (Subrayado nuestro).

7. La técnica de las cláusulas enunciativas

A. Noción

Esta técnica consiste en las cláusulas constitucionales que declaran como derechos (constitucionales) a todos aquellos que sean “inherentes a la persona humana”, aunque no figuren expresamente en el Texto Fundamental. En otras palabras, se trata desde el punto de vista filosófico, de una recepción del Derecho Natural, conforme al cual los derechos son anteriores al Estado; y éste no los crea sino que simplemente los reconoce. Por tanto, cualquier enumeración de derechos contenida en la Constitución, debe entenderse como meramente enunciativa (“*numerus apertus*”), y no limitativa o taxativa. En consecuencia, son igualmente constitucionales todos aquellos derechos que no estén enumerados expresa o explícitamente en el Texto Fundamental, en virtud de que implícitamente son tenidos como tales.

Las Constituciones de diversos Estados latinoamericanos consagran cláusulas tipo en este sentido. Ejemplo de ello es la Constitución de Venezuela, en cuyo encabezamiento del artículo 50 establece:

“La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella . . .”

En este mismo sentido, el artículo 5 (2) de la Constitución de Brasil antes citado, establece:

“Los derechos y garantías expuestos en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”.

Un ejemplo más elaborado de estas cláusulas constitucionales, es la consagrada en el artículo 94 de la Constitución de Colombia, el cual incluye además de los derechos enumerados en ella, los contenidos en los convenios internacionales:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

La consecuencia de esta técnica constitucional de cláusulas enunciativas o incluyentes, es que tanto los derechos explícitos en el Texto Fundamental, como los derechos implícitos (que sean “inherentes a la persona humana”), adquieren el rango y valor de derechos constitucionales, independientemente de la jerarquía de los tratados en el Derecho Interno. Como lo ha expresado Nikken sobre este particular,

“Los derechos humanos reconocidos en tratados en los que participa Venezuela tienen, en el orden jurídico nacional, el rango de los derechos constitucionales. Esta conclusión es independiente que la posición que pueda adoptarse en relación con la jerarquía de los tratados frente a las leyes internas, pues el rango aludido no dinama de que tales derechos sean objeto de una convención internacional, sino de haber sido reconocidos como inherentes a la persona humana”. (Subrayados nuestros).

. . . .

E. AUTOEJECUTORIEDAD DE LAS NORMAS DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Preguntas

¿Quién define si la norma de un tratado es autoejecutable? ¿Cuáles son los criterios generalmente utilizados para determinar si la norma de un tratado es autoejecutable? ¿Cómo debe interpretarse el artículo 2 de la Convención Americana? En el caso de que una norma requiera la adopción de medidas reglamentarias para su aplicación en el ámbito interno de un Estado ¿entiende usted que una sentencia judicial puede ser considerada una medida de tal naturaleza, al menos para resolver en un caso concreto (véase el razonamiento de la Corte Suprema de Argentina en el caso Ekmekdjian)? ¿Considera usted que en los países donde los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional la doctrina de la autoejecutabilidad de los tratados tiene un papel menos importante?

Comentario

El profesor Buergenthal en su trabajo sobre “Tratados autoejecutables y no ejecutables en derecho interno e internacional” ha señalado:

Sin embargo, el mero hecho de que en un estado dado los tratados adquieran el carácter de derecho interno tras la ratificación no significa necesariamente que un tratado específico o una disposición de un tratado sea considerado capaz de crear derechos u obligaciones legales directamente ejecutables en los tribunales. Que lo hagan o no depende de muchos factores. Estos tienden a ser agrupados caracterizándolos o etiquetándolos de “autoejecutables” o “no autoejecutables”. Si el tratado es autoejecutable será directamente aplicable por los tribunales. Los tratados o sus provisiones que no sean autoejecutables no hacen nacer derechos u obligaciones legales aplicables directamente por los tribunales hasta que no exista una medida ulterior del ejecutivo o del legislativo (aparte de las medidas de aprobación de la ratificación del tratado). Que el tratado sea o no autoejecutable es una cuestión de derecho interno, en la que el derecho interno determina si el tratado crea derechos que los tribunales internos pueden ejecutar en un estado. Los tribunales pueden responder de distintos modos en los distintos países, y frecuentemente lo hacen. La respuesta depende de sus constituciones nacionales, sus tradiciones jurídicas, sus precedentes históricos y sus instituciones políticas. (En *Thomas Buergenthal, “Self-Executing and non self-executing treaties in national and international law”, 235 Recueil des Cours 303, 1992 IV, at 317*)

Compare esta postura con la sostenida por el profesor Jiménez de Aréchaga en el siguiente extracto.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno

*(Eduardo Jiménez de Aréchaga, 7 Revista del Instituto
Interamericano de Derechos Humanos 25, 1988)
[Notas de pie de página omitidas]*

LAS NORMAS INTERNACIONALES AUTOEJECUTIVAS O EJECUTABLES POR SÍ MISMAS ("SELF-EXECUTING")

Hemos visto que la opción entre la escuela monista o la dualista, así como la elección del sistema que cada Estado adopta en caso de conflicto de normas son ambas cuestiones regidas por el Derecho Constitucional de cada país y no por el Derecho Internacional.

Sin embargo el Derecho Internacional Público ha elaborado un concepto que constituye la clave para decidir en qué casos es aplicable la doctrina de la incorporación automática y en que otros casos esa doctrina deja de ser aplicable y un acto de transformación se vuelve indispensable.

Este concepto es el de las normas internacionales auto-ejecutivas o ejecutables por sí mismas ("self-executing") un concepto que también desempeña una función clave en caso de conflicto de normas ya que el conflicto sólo puede producirse si la norma de Derecho Internacional tiene auto-ejecutividad.

El concepto de disposiciones auto-ejecutivas y las razones fundamentales que originan esa noción han sido elaborados por la doctrina y la práctica del Derecho Internacional con respecto a la aplicación de estipulaciones contenidas en tratados internacionales invocados por un individuo ante un juez. No obstante ese concepto puede también extenderse a las normas del Derecho Internacional consuetudinario. Se puede hablar también de reglas de la costumbre internacional ejecutables por sí mismas. ("self-executing").

La estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma ("self-executing") cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad.

Se habla de auto-ejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. La fórmula utilizada por Marshall, célebre Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es que una norma es ejecutable por sí misma ("self-executing") "toda vez que opere por sí sin ayuda de una disposición legislativa".

Se requieren dos condiciones para que una norma sea auto-ejecutiva: primero debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes.

La existencia en un tratado de una disposición ejecutable por sí misma (“self-executing”) depende fundamentalmente de la intención de las Partes Contratantes. Tal norma existe cuando las Partes han tenido la intención de conceder un derecho definido y exigible al individuo que solicita ante el Juez la aplicación de esa norma en su favor. Como ha dicho la Corte Permanente de Justicia Internacional “no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional conforme a la intención de las Partes Contratantes puede ser la adopción por las Partes de algunas reglas definidas que cree derechos y obligaciones y susceptibles de ser ejecutadas por los tribunales nacionales”.

PRESUNCION EN FAVOR DEL CARACTER EJECUTABLE POR SI MISMO

Una serie de pronunciamientos formulados en casos concretos planteados en los Estados Unidos pueden ser interpretados como estableciendo una especie de presunción en favor del carácter ejecutable de una disposición convencional. Se ha considerado que la disposición de un tratado es ejecutable por sí misma (“self- executing”), a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley o pertenezca a esa categoría excepcional de tratados a los que no se puede, por su propia naturaleza, dar efecto como derecho “exproprio vigore”.

La misma frase “a menos que” se encuentra en un asesoramiento jurídico proporcionado por el Asesor Letrado del Departamento de Estado, Hackworth, más tarde Presidente de la Corte Internacional de Justicia

“Considero que es nuestro deber como parte de la rama ejecutiva del Gobierno dar cumplimiento administrativamente a las obligaciones de los tratados, *a menos que sea imposible* dar efecto al tratado, como parte del derecho del país, sin una ley”.

De nuevo esta frase, a menos que, aparece en la conclusión del estudio que sobre el tema hizo un autor eminente, quien insiste en el deber de ejecutar un tratado “a menos que las obligaciones a cumplir hayan sido condicionadas al dictado subsiguiente de leyes apropiadas”.

Existe una razón adicional en apoyo de esta presunción. Si ha transcurrido algún tiempo desde que el tratado ha entrado en vigor y ni el Poder Ejecutivo ha pedido al Parlamento una ley de ejecución, ni este órgano ha dictado ley alguna, surge una fuerte presunción de que el tratado es ejecutable por sí mismo. Si un tribunal declara en esas circunstancias que el tratado no es ejecutable por sí mismo, ello significaría constatar que el Estado ha dejado de cumplir y continúa incumpliendo su obligación de dictar, tan pronto como el tratado entró en vigor, la legislación complementaria que permita su ejecución.

. . . .

Otra materia que por su naturaleza se presta por sí misma a ser ejecutable ("self-executing") es la relativa a derechos humanos.

Esto no significa que todas las disposiciones de una Convención sobre Derechos Humanos sean ejecutables por sí mismas ("self-executing"). Hay a menudo disposiciones programáticas, especialmente en el campo de los derechos sociales y económicos, que no pueden ser ejecutados sin una acción legislativa del Estado, como, por ejemplo, el artículo 26 de la Convención Interamericana. Hay también otros derechos que, debido a su naturaleza, o a la fraseología de la Convención, carecen de una exigibilidad inmediata y plena en ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias, a adoptar por el Estado. Es el caso de los artículos 13 (5), 17 (4), 17 (5), 19 y 21 (3) de la Convención Interamericana, cuyos textos reclaman expresamente la existencia de una ley o de medidas complementarias. Para los demás, la conclusión debe ser en favor del carácter ejecutable por sí mismo ("self-executing") de las disposiciones de una convención de esta especie y de su exigibilidad directa e inmediata. Ello es así porque el objeto y razón de ser una Convención de Derechos Humanos, así como la clara intención de sus autores es reconocer en favor de individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales, y no regular las relaciones entre los Estados partes.

La Corte Interamericana ha explicado muy bien la razón de ser de toda Convención sobre Derechos Humanos, en su opinión consultiva de 24 de setiembre de 1982, sobre la entrada en vigor de la Convención. Dijo la Corte:

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

Como recuerda la misma opinión consultiva, el carácter especial de estos tratados ha sido igualmente reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que dijo:

"el propósito de las Altas Partes contratantes no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales, sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa . . . y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho".

....

La opinión consultiva de la Corte de 29 de agosto 1986 trata de la “exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” establecido por el Artículo 14, inciso primero, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

El Gobierno de Costa Rica solicitó a la Corte una opinión consultiva sobre la interpretación y alcance del Artículo 14 (1) en relación con los artículos 1.1 y [2] de la Convención.

....

Costa Rica explicó a la Corte que solicitaba la opinión consultiva “debido a que existe una situación de duda que exige ser definida en cuanto a si en Costa Rica es dable alegar por cualquier persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión, el derecho de rectificación o respuesta que establece el Artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o si tal derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que tal derecho pueda ser concretamente ejercido”.

Como se ve, el Gobierno de Costa Rica planteó claramente a la Corte la cuestión del carácter ejecutable por sí mismo (“self-executing”) del Artículo 14 (1) de la Convención.

En contra del carácter ejecutable por sí mismo (“self-executing”) de este precepto se invocaba el argumento de que la frase “en las condiciones que establezca la ley” solamente facultaría a los Estados partes a crear por ley el derecho de rectificación o respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule.

La Corte rechazó este argumento, y afirmó que la Convención consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona. en base a que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”.

Llegó así a la opinión unánime en el sentido de que el Artículo 14 (1) “reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible”.

La opinión consultiva agrega que la frase “en las condiciones que establece la ley” en el Artículo 14 (1) “in fine”, se refiere a cuestiones tales como “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.”.

Señaló la Corte que:

“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 aquellos han contraído según el Artículo 1.1 ... 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”.

Como se ve, la respuesta unánime de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue categórica en cuanto al carácter ejecutable por sí mismo (“self-executing”) del Artículo 14 (1) de la Convención.

Como lo demuestra esta opinión consultiva N° 7, no es suficiente que un artículo haga referencia a la ley, para que pierda auto-ejecutividad. Para que ello ocurra es necesario que la realidad y vigencia del derecho quede expresamente encomendada por el precepto al dictado de una ley o de medidas complementarias. Con este criterio, que es justo, solamente carecen de auto-ejecutividad los Artículos 13 (5) sobre propaganda en favor de la guerra y apología del odio; 17 (4) sobre igualdad de derechos de los cónyuges; 17 (5) sobre igualdad de los hijos, sean legítimos o naturales; 19, sobre derecho del niño a medidas de protección; 21 (3) sobre prohibición de la usura y 26, sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Todos los demás preceptos de la Parte I tienen carácter ejecutable por sí mismos.

....

Es sumamente importante determinar con precisión si las disposiciones de la Parte I de la Convención Interamericana son ejecutables por sí mismas (“self-executing”), como lo son todas salvo las indicadas más arriba. En efecto, en virtud del carácter “coadyuvante o complementario” de la protección internacional de los Derechos allí consagrados, como dice el Preámbulo, es indispensable antes de cualquier petición o comunicación “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos” (Artículo 45, inciso 1, letra a).

Si en el proceso de agotamiento de los recursos internos el juez nacional deja de aplicar la Convención como derecho interno, a pretexto de que sus disposiciones no son ejecutables por sí mismas (“self-executing”) entonces queda configurada por esa sentencia judicial una violación del Derecho Internacional, por lo cual el Estado es responsable. Eso [es] lo que ha dicho claramente la Corte Interamericana en su opinión consultiva sobre el derecho de rectificación y de respuesta.

....

Convención Americana sobre Derechos Humanos
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 efectivos tales derechos y libertades.

**El problema de la “autoejecutabilidad” o del carácter self-executing
de una norma convencional**

(Cecilia Medina, “Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos”, 1997)
[Notas de pie de página omitidas]

Diferente de lo anterior es el problema de la “autoejecutabilidad” de las normas de los tratados que consagran derechos humanos, que se refiere al tema de si todos los derechos humanos contenidos en tratados pueden ser invocados directamente por los individuos ante los tribunales domésticos, una vez que el ordenamiento jurídico interno da validez interna a los tratados. El problema se presenta, por lo tanto, no en la validez dentro del Estado del tratado en su integridad, sino en la posibilidad de que determinadas normas del tratado no puedan ser aplicadas por los tribunales domésticos, porque su formulación no lo permite. Este tema fue el abordado por el miembro de la Comisión Interamericana, Dunshee de Abranches, en su análisis de lo que es hoy el artículo 2 de la Convención Americana y nos referiremos nuevamente a parte de la historia de dicho artículo para ver por qué el tema de la exigibilidad inmediata de las obligaciones del artículo 1 y el de la autoejecutabilidad se confundieron.

En la discusión del artículo 2 de la Convención, el delegado de los Estados Unidos, cuya meta era tratar de obtener una Convención cuyas disposiciones no fueran autoejecutables (*self-executing*), aprovechó la oportunidad que ofrecía la proposición de Chile de incluir en la Convención la disposición del artículo 2 y la apoyó, haciendo una declaración formal en el sentido de que ella “ayuda a clarificar el efecto legal de la ratificación en la legislación interna de las partes respectivas”. La declaración hacía resaltar la flexibilidad de la disposición que permitía a cada país “implementar el tratado en consecuencia con su práctica interna”, y terminaba diciendo: “En otras palabras, no es la intención de los Estados Unidos interpretar los artículos de la Parte I del tratado como autoejecutables”. La interpretación de la delegación de Estados Unidos fue en cierto modo ayudada por las últimas palabras del artículo 2 y por el título en inglés del artículo, pero no fue apoyada ni entonces ni después, ni por los demás participantes de la Conferencia Especializada ni posteriormente por la práctica de los órganos de supervisión del sistema interamericano. El juez Piza

se refirió a ella en su opinión separada en la Opinión Consultiva N° 7 de la Corte Interamericana, con el fin de enfatizar que esta declaración no producía ningún efecto legal.

En rigor, el problema no debería presentarse en nuestro país o en mayor parte de los países de nuestro continente. Todo Estado parte, ya sea del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, está obligado a adecuar su derecho interno para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales. Si una norma de un tratado no puede aplicarse directamente por el juez, el Estado debe dictar la legislación correspondiente para que el derecho humano contenido en ella sea gozado de manera plena. En caso de incumplimiento de esta obligación corresponde al juez considerar la posibilidad de aplicar la norma cuando se enfrente a un caso particular. El debe examinar la norma del tratado que se invoca o que él pretende aplicar, con el fin decidir si su formulación se basta a sí misma para aplicarla. Si no tiene otra alternativa que dejar de aplicarla, el problema vuelve, en principio, al órgano legislativo. No hay que olvidar, sin embargo -y esto se verá claramente cuando tratemos de la interpretación de los tratados de derechos humanos-, que el juez debe utilizar las normas internacionales en la medida de lo posible, usándolas, cuando no puede aplicarlas directamente como criterio orientador para interpretar las normas nacionales aplicables al caso.

Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)

(Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, Corte I.D.H., Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7)

23. Los deberes generales asumidos por los Estados Partes de la Convención para cada uno de los derechos consagrados en la misma son, por una parte, el de

...respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y... garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...(art. 1.1)

por la otra, el de

...adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2).

Considero que la consulta requería que la Corte analizara el contenido y alcances de unos y otros deberes, a partir de la presunción lógica de que unos y otros se refieren a supuestos distintos -- de otro modo, no tendrían sentido como disposiciones separadas --.

24. El proyecto que sirvió de base a la Convención Americana solamente contemplaba los deberes genéricos del artículo 1.1 (v. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1978, Doc. 5, págs. 12ss.); el del artículo 2, copia casi textual del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue el resultado de Observaciones del Gobierno de Chile (*Ibid.*, Doc. 7, pág. 38), apoyadas por las de República Dominicana (*Ibid.*, Doc. 9, pág. 50) y Guatemala (*Ibid.*, Doc. 4, Corr. 1, pág. 107), y, finalmente, de una moción del Ecuador en la Conferencia (*Ibid.*, pág. 145), recogida después por el Grupo de Trabajo de la Comisión I como artículo 1.2 (*Ibid.*, pág. 156). También tuvo el apoyo de los Estados Unidos de América, en una Declaración (*Ibid.*, Anexo A, pág. 148) cuyos motivos diferían de los de todos los demás, conforme se dirá.

25. Todo esto, unido a las exigencias mismas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hace que la obligación de respetarlos y garantizarlos, establecida en el artículo 1.1, sea la verdaderamente esencial al sistema de la Convención, y que se entienda precisamente como un deber inmediato e incondicional de los Estados, resultante directamente de la propia Convención: la noción misma de una protección de carácter internacional, aunque sea sólo coadyuvante o subsidiaria de la del derecho interno, requiere que los Estados se comprometan inmediatamente a respetarlos y garantizarlos, como una obligación de carácter internacional, por encima de las vicisitudes de sus ordenamientos internos.

26. En cambio, el deber de dictar las medidas necesarias para garantizar plenamente la eficacia de tales derechos en el orden interno, a que se refiere el artículo 2, no puede ser entendido, en el sistema de la Convención, como mera repetición del ya establecido en el artículo 1.1, porque esto equivaldría a vaciar de sentido éste último, ni tampoco como equivalente del simple deber genérico de darle eficacia en el orden interno, propio de toda obligación internacional, porque entonces habría sido innecesario consagrarlo por parte del mismo artículo 1.1, y quizás hasta innecesario del todo. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no contiene ninguna disposición semejante a la del artículo 2 de la Convención Americana, y sin embargo nadie podría suponer, ante esa ausencia, que la misma obligación no existiera para sus Estados Partes.

27. Por el contrario, las incidencias de la inclusión de esta norma en la Convención demuestran, a mi juicio con toda claridad, que tiene en ella un carácter marginal, para los supuestos en que el del artículo 1.1 resulte inoperante o, al menos, insuficiente, pero no por limitaciones propias del derecho interno, que implicarían violaciones del propio artículo 1.1, sino en virtud de que determinados derechos - no todos - necesitan en sí mismos de normas o medidas complementarias de orden interno para ser exigibles de manera inmediata e incondicional. Dicho de otra manera: en tratándose de derechos reconocidos por la Convención de manera inmediata e incondicional, basta con el deber de los Estados Partes de respetarlos y garantizarlos, de conformidad con el artículo 1.1, para que sean plenamente exigibles frente a esos Estados de la misma manera inmediata e incondicional, por lo menos como derechos de la Convención, que es lo único sobre lo cual la Corte ejerce su jurisdicción. Lo que ocurre es que algunos derechos, de conformidad con su naturaleza o con la propia Convención, carecen de esa virtualidad sin que normas u otras medidas complementarias permitan tenerlos por plenamente exigibles, como ocurre, por ejemplo, con los políticos (art. 23) o con los de

protección judicial (art. 25), que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, es decir, en el plano internacional, y no sólo como cuestión del orden interno de cada Estado: si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible.

28. Es por esto también que, sabiamente, el artículo 2 se refiere, no sólo a disposiciones normativas, sino también a “medidas de otro carácter”, en las cuales se engloban claramente las institucionales, económicas y humanas citadas. Pero no las administrativas o jurisdiccionales como tales, porque éstas simplemente constituyen aplicación de las anteriores y, en tal sentido, se enmarcan dentro de los deberes de respeto y garantía del artículo 1.1, no dentro de los del artículo 2 - aun en los Estados de jurisprudencia vinculante, como los del sistema del common law, porque es obvio que en éstos lo que crea derecho general no es el acto jurisdiccional sino la potestad normativa de los tribunales, decantada en sus precedentes- .

29. La interpretación anterior es también, a mi juicio, la única que se compagina con los antecedentes del artículo 2 de la Convención. En efecto, los proyectos que la precedieron prescindían de una disposición semejante, no por inadvertencia, sino por la preocupación de que pudiera interpretarse de otra manera, como una especie de válvula de escape a las obligaciones inmediatas e incondicionales del artículo 1.1. Así, en el informe del relator de la Comisión Interamericana, Dr. Dunshee de Abranches, se decía expresamente:

Según el sistema constitucional prevaleciente en los Estados americanos, las disposiciones de los tratados se incorporan al derecho interno en virtud de la ratificación, previa aprobación del órgano legislativo competente, sin necesidad de ley especial. Por consiguiente, dicho párrafo no hace falta en la Convención Interamericana. Al contrario, si figurara en la Convención podrá justificar la alegación de que cierto Estado Parte no estaría obligado a respetar uno o más derechos, definidos en dicha Convención pero no contemplados en su legislación interna; sino después de ser expedida una ley especial sobre tal o tales derechos (Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas... y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.19/Doc. 18, pág. 192).

Preocupación que motivó las observaciones concretas del Gobierno de Chile (*supra* 24), al proponer la inclusión del artículo 2, en el sentido de que:

Si bien en general podría ser efectiva la afirmación hecha por el Relator Dr. Dunshee de Abranches en el Documento 18 de la Comisión, en el sentido que en los Estados Americanos las disposiciones de los Tratados “se incorporan” al derecho interno en virtud de la ratificación, no es menos cierto que en varios casos habrá que adoptar medidas de orden interno para hacer efectivos los derechos, especialmente en los casos en que el propio texto

del proyecto así lo indica, en términos tales como: “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” (art. 16); o “la ley reglamentará la forma...” (art. 17); y otras semejantes. La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia. (Actas y Documentos, *supra* 24, Doc. 7, pág. 38).

30. En efecto, considero que lo fundamental es el deber inmediato e incondicional de cada Estado de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales, para que éstos alcancen normalmente una plena protección desde el punto de vista del derecho internacional, aun frente a aquellos ordenamientos internos para los cuales el último carece de inmediata exigibilidad. En virtud del deber de respetarlos, el Estado no puede violarlos directamente, aunque no los haya reconocido en su derecho interno; y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios particulares, ni siquiera bajo el pretexto de que tal amparo no haya sido provisto por su orden interno. Con otras palabras, el solo irrespeto de tales derechos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el artículo 1.1 de la Convención, sin necesidad de acudir al del artículo 2, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacerlos efectivos en el orden interno.

31. Así pues, este último sólo tiene sentido, como norma independiente dentro del sistema de la Convención, para aquellos derechos que por su naturaleza estén necesitados de desarrollo mediante normas complementarias, en el caso, del derecho interno. No me refiero, por supuesto, a las normas llamadas programáticas, porque éstas establecen una categoría diferente de mandatos, jurídicos, sí, pero que no pueden exigirse como tales ni siquiera al amparo del artículo 2 de la Convención.

32. De conformidad con lo expuesto, este artículo no puede tener un carácter condicionante del 1.1, en el sentido, por ejemplo, en que fue interpretado unilateralmente y sin ningún eco en la Conferencia de San José, por la Declaración de los Estados Unidos de América (v. *supra* 24), cuando dijo:

Los Estados Unidos convienen en que este artículo debe incluirse en el proyecto de Convención puesto que ayuda a aclarar el efecto legal que tiene la ratificación en las leyes nacionales de las partes respectivas. El artículo es lo suficientemente flexible para que cada país pueda poner en ejecución el tratado de la mejor manera posible y en forma consecuente con su práctica nacional. Algunos países pueden optar por hacer que los artículos del tratado entren directamente en vigor como ley nacional, y este artículo les permitiría lograrlo. Los comentarios de Chile sugieren que su propia práctica pueda variar según el texto de cada artículo. Otros pueden preferir depender únicamente de la ley nacional para poner en ejecución los artículos del tratado. En los Estados Unidos interpretaríamos este artículo como una autorización que se nos da para seguir el último de estos cursos en el caso de materias comprendidas en la Parte I, las porciones sustantivas, del proyecto de Convención. Eso nos permitiría referirnos, cuando proceda, a nuestra Constitución, a nuestra legislación

nacional ya existente, a las decisiones de nuestros tribunales y a nuestra práctica administrativa en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención. También significará que podremos formular cualquier legislación necesaria en términos que de inmediato y claramente puedan incluirse en nuestros códigos nacionales. En otras palabras, los Estados Unidos no tienen la intención de interpretar los artículos de la Parte I del tratado en el sentido de que tienen aplicación por sí solos. (Actas y Documentos, *supra* 24. Trad. oficial en págs. 148 y 149).

33. Independientemente de la validez que esa interpretación o una reserva de ese tenor pudieren tener en el caso concreto de los Estados Unidos de América - cuya determinación excedería de los límites de la presente consulta -, no parece aceptable como tesis general, ni fue de hecho lo que motivó la inclusión del artículo 2 en la Convención. Por el contrario, considero que, de acuerdo con ésta, los Estados que no reconozcan la automática recepción del derecho internacional en su ordenamiento interno, están obligados a incorporar los derechos reconocidos en aquélla, en su totalidad, en virtud de su deber de respetarlos y garantizarlos de conformidad con el artículo 1.1, no del de desarrollarlos en su derecho interno establecido en el artículo 2.

Caso Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros
(Sentencia de la Corte Suprema de Justicia -Argentina-, 7 de julio de 1992)

Considerando:

1) Que la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó el amparo interpuesto por Miguel Angel Ekmekdjian, en ejercicio del derecho de réplica, contra Gerardo Sofovich. Contra dicho pronunciamiento el actor dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja.

2) Que de acuerdo a lo expuesto por el recurrente, lesionado profundamente en sus sentimientos religiosos, a fs. 84/85 promovió demanda de amparo contra Gerardo Sofovich, para que se lo condenara a leer en el programa "La Noche del Sábado", -que se emitía por el canal 2 de televisión-, una carta documento que le remitiera contestando a Dalmiro Sáenz, quién expresó frases que consideraba agraviantes en relación a Jesucristo y a la Virgen María, en la audición del sábado 11 de junio de 1988. Que, como la carta no fue leída, debió iniciar juicio de amparo fundado en el derecho de réplica que, según su criterio, le concede el art. 33 de la Constitución Nacional y el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica aprobado por ley 23.054 y vigente para la República Argentina desde el depósito del instrumento de ratificación el 5 de septiembre de 1984.

3) Que el fundamento central utilizado por el a quo para rechazar las pretensiones del actor consiste en considerar que el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica consagra el derecho de respuesta "en las condiciones que establezca la ley", razón por la cual el propio tratado inhibe la autofuncionalidad de la respuesta normada en él mientras no se reglamenten sus requisitos sustanciales y se regule procesalmente su ejercicio. Considera, en consecuencia, que el derecho de

respuesta no tiene carácter operativo, como lo resolviera esta Corte en el caso E.60.XXII “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustardt, Bernardo y otros s/amparo”, el 1 de diciembre de 1988. A este fundamento el a quo agrega que el propio actor reconoció no ser titular de un derecho subjetivo a la respuesta que reclama sino que tiene un interés de carácter difuso, lo que obsta a su legitimación, pues conforme a la índole del derecho de respuesta o rectificación, éste sería un derecho de la personalidad o personalísimo, lo que involucra en su titularidad a un determinado sujeto -persona física- y excluye a los de carácter difuso o colectivo, concluyendo que el actor no está habilitado para obtener una sentencia estimatoria.

....

7) Que en este caso, por el contrario, el núcleo de la cuestión a decidir radica en la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona de cuanto lesione el respeto a su dignidad, honor e intimidad; y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido por medio de la prensa, la radio y la televisión. Es decir, se trata del equilibrio y armonía entre derechos de jerarquía constitucional, y en definitiva, de la tutela de la dignidad humana, en tanto se vea afectada por el ejercicio abusivo de la información. En particular, corresponde decidir si el denominado “derecho de réplica o respuesta” integra nuestro ordenamiento jurídico como un remedio legal inmediato a la situación de indefensión en que se encuentra el común de los hombres frente a las agresiones a su dignidad, honor e intimidad cuando son llevadas a cabo a través de los medios de comunicación social.

....

15) Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta, o rectificación ha sido establecido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5 de septiembre de 1984, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional. Cabe, entonces, examinar si - como afirma el recurrente- aquella disposición resulta directamente operativa en nuestro derecho interno o si, por el contrario, es menester su complementación legislativa.

16) Que, en tal sentido, la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse.

17) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86. inc. 14, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (arts. 57, inc. 19 Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal

de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86 inc. 14 Constitución Nacional).

18) Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados [...] confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

19) Que la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.

Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente.

20) Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.

En el supuesto del art 14.1 su redacción es clara y terminante en cuanto otorga, en las situaciones que allí se describen, el derecho de rectificación o respuesta, aunque remitiendo a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación ...

La interpretación textual según la cual toda persona "tiene derecho a ..." despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad. No sucede lo mismo en otros artículos en los que se establece que "la ley debe reconocer" (art. 17) o "estará prohibido por ley" (art. 13.5).

21) Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José, Estatuto, art. 1). Ante la consulta hecha a dicho tribunal acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá "en las condiciones que establezca la ley", quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca

las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”. “Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, arts. 14.1, 1.1 y 2), Serie A No. 7, pág. 13, par. 14). Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el art. 14.1 “reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible (*Ibidem*, p. 19, letra A) y que la frase “en las condiciones que establezca la ley” se refiere a cuestiones tales como “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.” (*Ibidem*, p. 14, par. 17), pero que “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 conforme al art. 1.1 ... 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” (p. 15, par. 28).

22) Que en dicha Opinión Consultiva la Corte Interamericana sostuvo que “todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin”.

Que las palabras “en las condiciones que establezca la ley” se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también en las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas (confr. Fallos: 302:1284, entre otros).

Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto.

....

Comentario

Por último, es interesante considerar la opinión del profesor Buergenthal quien, en el trabajo citado supra, señala que

[E]n aquellos países donde los tratados tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, la doctrina de la autoejecución de los tratados con frecuencia juega un papel menos importante que en los países en que los tratados y las leyes tienen el mismo rango. En aquellos, los tribunales frecuentemente demandan menos

especificidad del tratado con la intención de encontrarlo autoejecutable que no sería el caso si el tratado y la ley tuvieran el mismo rango. En estos países la provisión del tratado con el rango más alto tiende a equipararse, consciente o inconscientemente, a una norma constitucional que es una norma redactada en términos más generales. Esta es la razón por la que para entender porque los tribunales mantienen que algunos tratados son autoejecutables y otros no debemos prestar atención al rango normativo del tratado en cada país en particular. (*En Thomas Buergenthal, idem supra, page 393*)

Página en blanco a propósito

CAPITULO DOS

**PROTECCION JUDICIAL Y DERECHO
A UN RECURSO EFECTIVO**

Página en blanco a propósito

**A . EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO EN EL MARCO
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
(ARTÍCULOS 25.1, 8.1 Y 1.1)**

1. Concepto y alcance del derecho a un recurso efectivo

Preguntas

¿Cuáles son los requisitos establecidos por la Corte Interamericana para determinar la efectividad de un recurso? ¿Cuál es el alcance de la protección acordada por el artículo 25 de la Convención (véase caso 10.987 (Argentina))?

Caso Velásquez Rodríguez

*(Corte I.D.H., caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988,
Serie C No. 4)*

61. La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta “coadyuvante o complementaria” de la interna (Convención Americana, Preámbulo).

62. Proporcionar tales recursos es un deber jurídico de los Estados, como ya lo señaló la Corte en su sentencia del 26 de junio de 1987, cuando afirmó:

“La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1). (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, supra 23, párr. 91).”

63. El artículo 46.1.a) de la Convención remite “a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”. Esos principios no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que éstos sean adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2.

64. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio

de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable. Por ejemplo, un procedimiento de orden civil, expresamente mencionado por el Gobierno, como la presunción de muerte por desaparecimiento, cuya función es la de que los herederos puedan disponer de los bienes del presunto muerto o su cónyuge pueda volver a casarse, no es adecuado para hallar la persona ni para lograr su liberación si está detenida.

65. De los recursos mencionados por el Gobierno, la exhibición personal o hábeas corpus sería, normalmente, el adecuado para hallar a una persona presuntamente detenida por las autoridades, averiguar si lo está legalmente y, llegado el caso, lograr su libertad. Los otros recursos mencionados por el Gobierno o tienen simplemente el objeto de que se revise una decisión dentro de un proceso ya incoado (como los de apelación o casación) o están destinados a servir para otros propósitos. Pero, si el recurso de exhibición personal exigiera, como lo afirmó el Gobierno, identificar el lugar de detención y la autoridad respectiva, no sería adecuado para encontrar a una persona detenida clandestinamente por las autoridades del Estado, puesto que, en estos casos sólo existe prueba referencial de la detención y se ignora el paradero de la víctima.

66. Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. El de exhibición personal puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si de hecho carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente.

67. En cambio, al contrario de lo sostenido por la Comisión, el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces, pues podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado.

68. El asunto toma otro cariz, sin embargo, cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente estarían al alcance de los demás. En tales casos el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto.

Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 25

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 tal 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.

Caso 10.987 (Argentina)

(CIDH, Informe No. 30/97, caso 10.987, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, doc 6, rev., 13 de abril de 1998)
[Notas de pie de página omitidas]

2. El peticionario interpuso un recurso ante los tribunales provinciales procurando la anulación de un decreto emitido por el anterior gobierno militar que en 1976 había ordenado su remoción como juez de un tribunal inferior de la Provincia de Chubut, así como una compensación por los daños materiales y morales resultantes.

3. Su caso fue declarado “no justiciable” por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, el 1 de julio de 1986, invocando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina en un caso similar (*Sansó, Gerónimo c. el Gobierno Nacional*, 3 de junio de 1984), en la que se afirmó que los tribunales no eran competentes para dictaminar en torno a la justicia, prudencia o eficiencia de las medidas ordenadas para la remoción de magistrados, como la que es materia de este litigio, dado que las mismas constituyeron actos eminentemente políticos de un gobierno *de facto*.

4. El peticionario impugnó esa decisión ante la Corte Suprema de la Argentina, la cual desestimó el caso el 24 de febrero de 1987, en base a que el peticionario no había presentado argumento nuevo alguno para examinar los criterios sostenidos por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut en relación con la falta de competencia del poder judicial para resolver materias de tal naturaleza.

. . . .

B. DERECHO A LA PROTECCION JUDICIAL (ARTICULO 25)

69. El artículo 25 de la Convención Americana establece

70. En el presente caso, el peticionario ocurrió ante el órgano jurisdiccional previsto por la ley con el objeto de ejercer un remedio judicial que lo amparara contra alegados actos violatorios de sus derechos individuales, esto es, la ilegítima remoción en su posición de juez, y que le proveyera una reparación adecuada. El peticionario, en efecto, tuvo libre acceso a dicho recurso y derecho a la defensa de su pretensión durante la sustanciación del proceso. La Comisión observa que esta posibilidad es la que distingue el presente caso de aquellos casos originados en la región por las llamadas “leyes de amnistía” en los que los peticionarios, en algunos casos, perdieron directamente su derecho de acceder al recurso judicial, y en otros, vieron abortado el procedimiento judicial que desenvolvía el recurso judicial en el que participaban.

71. La Comisión, sin embargo, entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 25 no se agota con el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial. Es más, esa decisión final es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso judicial reconocido por la Convención Americana en el artículo 25, que estará también revestido por indispensables garantías individuales y obligaciones estatales (artículos 8 y 1.1).

72. En el caso del peticionario, el tribunal judicial interviniente desestimó el recurso judicial declarando “no justiciable las cuestiones interpuestas en la demanda de fs. 44/60”. Al respecto, el Estado argentino ha alegado que esta declaración constituye una decisión del tribunal con relación al reclamo que es compatible con el artículo 25 de la Convención Americana, a pesar de que reconoce que el Poder Judicial Argentino resultó incompetente para amparar al peticionario. La Comisión considera que dicha manifestación de la judicatura produjo como efecto que el peticionario se viera imposibilitado de contar con un recurso judicial efectivo que lo amparara contra alegados actos violatorios de su derecho a la estabilidad como juez, según estaba reconocido por la Constitución de Chubut en la época de su remoción, y a una eventual reparación adecuada.

73. En primer lugar, la propia lógica interna de todo recurso judicial --también el del artículo 25-- indica que el decisor debe establecer concretamente la verdad o el error de la alegación del reclamante. El reclamante acude al órgano judicial alegando la realidad de una violación de sus derechos, y el órgano en cuestión, tras un procedimiento de prueba y de debate sobre esa alegación, debe obligatoriamente decidir si el reclamo es fundado o infundado. De lo contrario, el recurso judicial devendría inconcluso.

74. En segundo lugar, además de inconcluso, el recurso judicial sería abiertamente ineficaz, pues al no permitir el reconocimiento de la violación de derechos, en caso de que ésta se haya comprobado, no sería apto para amparar al individuo en su derecho afectado ni para proveerle una reparación adecuada. La Corte Interamericana ha establecido que:

El artículo 25 (1) incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención "...los Estados Parte se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8(1)), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción... 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."

75. Recurso efectivo significa recurso apto para amparar o tutelar los derechos violados. La ausencia de esta condición indispensable en el caso del peticionario se evidencia con la declaración del órgano judicial interviniente cuando expresa que "...no existe jurisdicción judicial respecto de las cuestiones articuladas en autos, y no corresponde decidir sobre las mismas." Si no hay jurisdicción judicial y no corresponde decidir, entonces no hay amparo o tutela posible. Consecuentemente, no hay recurso judicial efectivo en los términos del artículo 25 de la Convención Americana.

76. El artículo 46.2 de la Convención Americana también reconoce la necesidad de eficacia de los recursos judiciales, cuando recoge ciertos casos que justifican la no aplicación del requisito del agotamiento de los recursos internos (46.1.a), precisamente por la falta de eficacia de estos últimos.

77. En tercer lugar, la Comisión observa que la propia norma del artículo 25 establece expresamente en el inciso 2.a el derecho de aquél que acude al recurso judicial a que "la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso". Decidir sobre los derechos implica efectuar una determinación entre los hechos y el derecho --con fuerza legal-- que recaiga y que trate sobre un objeto específico. Ese objeto es la pretensión particular del reclamante. Cuando en el presente caso el tribunal judicial desestimó la demanda declarando "no justiciables las cuestiones interpuestas" porque "no existe jurisdicción judicial respecto de las cuestiones articuladas y no corresponde decidir sobre las mismas", eludió decidir --la redundancia es apropiada-- sobre los derechos del peticionario y analizar la viabilidad de su reclamo, y como efecto, impidió a este último gozar del derecho a un remedio judicial en los términos del artículo 25.

78. Finalmente, cabe invocar el artículo 29 de la Convención Americana que establece:

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

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

79. El derecho al recurso judicial está amplia y expresamente reconocido en la Constitución, en la legislación y en la jurisprudencia argentina. El derecho al debido proceso y a la jurisdicción en la legislación interna están previstos en el artículo 18 de la Constitución y así lo ha reconocido reiteradamente el máximo tribunal judicial. Precisamente, y vinculado directamente al presente caso, ha establecido que

...la garantía constitucional de la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes.

80. El derecho al recurso judicial del artículo 25 de la Convención Americana constituye una herramienta fundamental para el amparo de los derechos individuales, en el marco del objeto y fin de la Convención Americana. Tan importante es que la Corte Interamericana ha establecido que ni siquiera la implantación de los estados de emergencia --que no existía en época en que el recurso judicial le fue negado al peticionario-- puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Parte están obligados a establecer, según la misma Convención Americana, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia, o para el control de legalidad de las medidas adoptadas por el órgano ejecutivo con motivo de la emergencia.

* * * * *

2. *El derecho a un recurso efectivo y el derecho a contar con un hábeas corpus o exhibición personal (Artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*

Preguntas

¿Considera usted que el artículo 25.1 de la Convención incluye el derecho de contar con un hábeas corpus o su protección se encuentra consagrada específicamente en otra norma de la Convención? Si su protección se encuentra garantizada en otro artículo ¿cuál es la relación con los requisitos del recurso efectivo previsto en el artículo 25.1?

Comentario

Las normas pertinentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículos 25.1 y 7.6) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que las ha interpretado establecen una clara diferencia entre el artículo 25.1, que incorpora el principio general de la efectividad de los

instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos por ella consagrados y el contenido específico del artículo 7.6 que establece el recurso de hábeas corpus para el caso concreto de una amenaza de privación o una privación de la libertad. La Corte Interamericana, sin embargo, ha establecido que el hábeas corpus, para cumplir con lo dispuesto por la Convención, debe ser en la práctica un recurso efectivo para proteger a la víctima, en consonancia con lo establecido por el artículo 25.1. del mismo instrumento.

Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 7 inciso 6

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 fueran 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.

El hábeas corpus bajo suspensión de garantías
(Corte I.D.H., El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8)

32. El artículo 25.1 de la Convención dispone

El 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 por la Convención. Puesto que todos los derechos son susceptibles de amparo, lo son también los que están señalados de manera expresa por el artículo 27.2 como no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia.

33. El hábeas corpus en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad. En la Convención este procedimiento aparece en el artículo 7.6 que dice

34. Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos. En efecto, de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención así como con los diversos matices

establecidos en los ordenamientos de los Estados Partes, se observa que en algunos supuestos el hábeas corpus se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el hábeas corpus es denominado “amparo de la libertad” o forma parte integrante del amparo.

Caso Suárez Rosero

*(Corte I.D.H., caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997,
Serie C No. 35)*

61. La Comisión alegó que el Ecuador violó los artículos 7.6 y 25 de la Convención Americana al negar al señor Suárez Rosero el derecho de hábeas corpus. Sobre este punto, la Comisión señaló que el recurso de hábeas corpus interpuesto por el señor Suárez Rosero el 29 de marzo de 1993 fue resuelto en el lapso excesivo de catorce meses y medio después de su presentación, lo que es claramente incompatible con el plazo razonable establecido por la misma legislación ecuatoriana. Agregó que el Estado ha violado, en consecuencia, su obligación de proveer recursos judiciales efectivos. Por último, la Comisión sostuvo que el recurso fue denegado por razones puramente formales, es decir, por no indicar el solicitante la naturaleza del proceso ni la ubicación de la Corte que había ordenado la detención, ni el lugar, fecha o razón de la detención. Esos requisitos formales no son exigidos por la legislación ecuatoriana.

62. El Ecuador no contradijo estos alegatos en su contestación de la demanda.

63. Esta Corte comparte la opinión de la Comisión en el sentido de que el derecho establecido en el artículo 7.6 de la Convención Americana no se cumple con la sola existencia formal de los recursos que regula. Dichos recursos deben ser eficaces, 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 obtención, también sin demora, de una orden de libertad. Asimismo, la Corte ha declarado que

[el] hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (*El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 35).

64. La Corte considera demostrado, como lo dijo antes (*supra* párr. 34, aparte r) que el recurso de hábeas corpus interpuesto por el señor Suárez Rosero el 29 de marzo de 1993 fue resuelto por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador el 10 de junio de 1994, es decir, más de 14 meses después de su interposición. Esta Corte considera también probado que dicha resolución denegó la procedencia del recurso, en virtud de que el señor Suárez Rosero no había incluido en él ciertos datos que, sin embargo, no son requisitos de admisibilidad establecidos por la legislación del Ecuador.

65. El artículo 25 de la Convención Americana establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes. La Corte ha declarado que esta disposición

constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.

El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. El hábeas corpus tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida. (Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrs. 82 y 83).

66. Con base en las anteriores consideraciones y concretamente al no haber tenido el señor Suárez Rosero el acceso a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo, la Corte concluye que el Estado violó las disposiciones de los artículos 7.6 y 25 de la Convención Americana.

3. *El derecho a un recurso efectivo y la obligación de investigar, identificar y sancionar a los responsables y de reparar a las víctimas (Artículos 25.1 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*

Pregunta

¿Considera usted que en algunos casos el recurso efectivo del artículo 25.1 incluye la obligación de investigar y sancionar a los responsables (artículo 1.1)?

Comentario

En su jurisprudencia más reciente, los órganos del sistema interamericano han establecido claramente que en casos de violaciones al derecho a la vida, el recurso efectivo consagrado por el artículo 25.1 incluye el derecho de los familiares de las víctimas a una investigación judicial que tenga por objeto la identificación y sanción de los responsables así como la reparación del daño, si corresponde. En igual sentido se han pronunciado otros órganos internacionales de derechos humanos al analizar el derecho a un recurso efectivo en el caso de violaciones al derecho a la integridad personal.

Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 1 inciso 1

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

Caso 10.843 (Chile)

(CIDH, Informe N° 36/96, Caso 10.843, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997)

1. Con fecha 27 de marzo de 1991, la Comisión recibió una denuncia contra el Estado de Chile por violación del derecho a la justicia y por la situación de impunidad en que ha quedado la detención y desaparición de las siguientes personas
2. En la denuncia los peticionarios dan cuenta de las gestiones, recursos y trámites judiciales efectuados dentro de la jurisdicción interna de Chile, de la siguiente manera: en agosto de 1978, en representación de varios familiares de las personas antes citadas, la Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago, patrocinó una querrela criminal contra el General de Ejército Manuel Contreras Sepúlveda, Director de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), por la detención y posterior desaparición de esas personas entre los años 1974 y 1976. La querrela se interpuso ante el Juzgado del Crimen competente, por el delito de secuestro agravado, que tipifica el artículo 141 del Código Penal chileno. El Juez a cargo de la investigación inmediatamente se declaró incompetente, sobre la base de que los inculcados en la querrela estaban afectos al fuero militar. La parte querellante apeló dicha resolución ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que confirmó dicha incompetencia.
3. La querrela fue remitida al Segundo Juzgado Militar de Santiago, tribunal que aceptó la competencia, ordenando instruir sumario conforme lo dispone el Código de Justicia Militar. El tribunal militar resolvió acumular a la querrela 35 procesos que se encontraban en trámite en diversos Juzgados del Crimen de Santiago en relación con la desaparición de algunas de las personas que se mencionaban en la querrela.
4. En la querrela misma y luego durante el proceso ante el tribunal militar, se solicitó la realización de diligencias probatorias substantivas; sin embargo, todas ellas fueron rechazadas de plano por el tribunal militar, el que mantuvo el proceso paralizado en estado de sumario durante 11 años, a pesar de la abundante prueba que fue acompañada al proceso.

5. En diciembre de 1989, el Segundo Tribunal Militar de Santiago, a petición del Fiscal Militar General --institución creada por el régimen militar para representar los intereses del Ejército en juicio-- decretó el sobreseimiento definitivo de la causa, en aplicación del Decreto-Ley (D.L.) 2.191 de auto-amnistía de 19 de abril 1978, que aprobó el régimen militar que detentaba el poder con el propósito de perdonar los crímenes cometidos por personeros de ese régimen entre los años 1973 y 1978.

6. Con el propósito de impedir el cierre definitivo de la investigación y de determinar el paradero de las víctimas y la responsabilidad de los culpables, en enero de 1990 se presentó un recurso de inaplicabilidad, por inconstitucionalidad del D.L. de auto-amnistía, que había servido de fundamento para que el tribunal militar ordenara el sobreseimiento definitivo de la causa. Conforme lo señala la ley chilena, el recurso de inaplicabilidad fue presentado ante la Corte Suprema.

7. El 24 de agosto de 1990, el Pleno de la Corte Suprema de Chile, por unanimidad, decidió rechazar el mencionado recurso y confirmó, en consecuencia, la constitucionalidad del D.L. de auto-amnistía de 1978. En relación con la posibilidad de investigar judicialmente las desapariciones ocurridas durante el período cubierto por el D.L. de auto-amnistía, la Corte señaló que:

...la amnistía constituye un acto del Poder Legislativo que suspende de manera objetiva la declaración de criminalidad hecha por otra ley, como consecuencia de que hace desaparecer en el delito su punibilidad al eliminar la pena y todos sus efectos en los hechos ilícitos que comprende, e impide y paraliza definitivamente o para siempre el ejercicio de toda acción judicial que tienda a sancionarlos... Lo anterior significa, que una vez verificada la procedencia de la ley de amnistía deben los jueces proceder a declararla en conformidad con lo que al efecto preceptúan los artículos 107 y 408 No. 5 del Código de Procedimiento Penal, sin que en consecuencia tenga obligatoria aplicación lo dispuesto en el artículo 413 de este mismo Código, que exige para decretar el sobreseimiento definitivo que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y determinar la persona del delincuente.

8. Los agraviados presentaron ante la misma Corte Suprema un recurso final de aclaración del fallo y solicitaron reposición del mismo. El 28 de septiembre de 1990 la Corte Suprema confirmó por unanimidad su decisión de constitucionalidad del D.L. de auto-amnistía y además agregó que:

verificada la procedencia de la ley de amnistía o perdón, los jueces deben aclararla (sic), poniéndose término a la indagación o proceso judicial, puesto que así lo dispone el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, precepto que en esta situación prima sobre cualquier otro, puesto que obliga al juez, antes de proseguir con la acción penal, si los antecedentes que le suministre el proceso demuestran que se halla extinguida la responsabilidad procesal del inculpado, a pronunciarse sobre el punto negándose a dar curso al juicio, lo que hará, en consecuencia, sobreseyendo definitivamente la causa.

9. La Corte Suprema en ambos fallos señala que el D.L. de auto-amnistía no excluye el derecho de los agraviados a ser debidamente indemnizados por los tribunales civiles, por los perjuicios que los delitos les hubieren causado en su patrimonio. Si el D.L. de auto-amnistía, como la Corte lo interpreta, constituye una norma que incluso impide al juez ordenar una investigación y, para el caso

que ésta se haya iniciado, lo obliga a suspenderla de inmediato, el derecho a la indemnización por daños resulta no sólo ilusorio sino también jurídicamente imposible, ya que la jurisprudencia unánime de los tribunales chilenos indica que las acciones civiles proceden una vez que se ha comprobado el cuerpo del delito y determinado la persona del responsable contra el cual deben entablarse dichas acciones. Así lo prescribe expresamente el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal al señalar que la acción civil puede entablarse contra el personalmente responsable y contra sus herederos, y el artículo 254 No 3, del Código de Procedimiento Civil que prescribe imperativamente que la demanda civil debe contener el nombre, domicilio y profesión u oficio del individuo contra el cual se entabla.

10. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y, especialmente, el hecho que la Corte Suprema ha denegado a 70 chilenos acceso a la justicia en violación a lo establecido en la Convención Americana, actualmente vigente en Chile, y en vista de que es perfectamente previsible que la actual Corte Suprema mantenga su criterio sobre las limitaciones que establece el D.L. de auto-amnistía de 1978, las instituciones denunciante solicitan a la Comisión que declare que el Estado de Chile ha violado el artículo 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1.2 y 43 del mismo instrumento, declare asimismo que el D.L. 2.191 que dictó es incompatible con las obligaciones de Chile a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

....

B) CONSIDERACIONES GENERALES

40. La Comisión considera que en el presente caso la petición plantea una cuestión de derecho y procura determinar si el aludido decreto-ley y la forma como fue aplicado por los tribunales chilenos, es compatible con la Convención, en la medida en que no se ha controvertido ninguno de los hechos alegados y de que no es necesario confirmar hecho alguno.

41. Aunque el Gobierno democrático negó su responsabilidad por los hechos perpetrados por la dictadura militar, reconoció su obligación de investigar las pasadas violaciones de derechos humanos y estableció una Comisión de la Verdad en orden a averiguar los hechos y publicar sus resultados. Como una medida de reparación, el ex-Presidente Aylwin pidió perdón, en nombre del Estado de Chile, a los familiares de las víctimas. Además el ex-Presidente protestó públicamente por la decisión de la Corte Suprema que determinó que el decreto-ley de amnistía debería ser aplicado de manera de suspender todas las investigaciones de los hechos. El Gobierno democrático, invocando su imposibilidad para modificar o anular el decreto-ley de amnistía y su obligación de respetar las decisiones del poder judicial, alegó que las medidas que ya ha adoptado son tanto efectivas como suficientes para cumplir con las obligaciones de Chile bajo la Convención y que ellas hicieron innecesarias otras acciones.

42. Los peticionarios, si bien reconocen los esfuerzos del Gobierno, sostienen que han sido insuficientes e inefectivos y que éste tiene una obligación permanente de investigar completamente los hechos, establecer las responsabilidades y castigar a los responsables de las pasadas violaciones a los derechos humanos.

43. La Comisión observa que, según se ha demostrado en el título anterior, la adopción del decreto-ley de autoamnistía estaba en conflicto con disposiciones constitucionales vigentes en Chile en el momento en que éste fue dictado. Sin embargo, independientemente de la legalidad o constitucionalidad de las leyes en el derecho chileno, la Comisión es competente para examinar los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de cualquier otra índole, en tanto ésta sea incompatible con los derechos y garantías consagrados en la Convención Americana.

44. En su decisión relativa a la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención), la Corte declaró que: “Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento....”

45. El artículo 2 de la Convención establece la obligación de los Estados partes de adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias” para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en el Pacto. Por lo tanto la Comisión o la Corte están facultadas para examinar --a la luz de la Convención-- incluso leyes internas que se alegue supriman o violen derechos y libertades consagrados en ella.

46. Al examinar esta materia es importante considerar la naturaleza y gravedad de los delitos alegados que el decreto de amnistía afectó. El gobierno militar que estuvo al frente del país desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 11 de marzo de 1990 llevó a cabo una política sistemática de represión que resultó en miles de víctimas de “desapariciones”, ejecuciones sumarias o extrajudiciales y torturas. La Comisión, al referirse a las prácticas de ese gobierno militar, indicó que:

... ese Gobierno [había] empleado prácticamente la totalidad de los medios conocidos para la eliminación física de los disidentes, entre otros: desapariciones, ejecuciones sumarias de individuos y de grupos, ejecuciones decretadas en procesos sin garantías legales y torturas.

. . . .

a) La cuestión del Decreto-Ley de Autoamnistía

49. El problema de las amnistías ha sido considerado por la Comisión en diversas oportunidades, por reclamos contra Estados partes en la Convención Americana que, en busca de un mecanismo de pacificación y reconciliación nacional, han recurrido a éstas dejando en desamparo a un sector dentro del que se hallan muchas víctimas inocentes de la violencia, las que se ven privadas del derecho a la justicia en sus justos reclamos contra quienes cometieron excesos y actos de barbarie en su contra.

50. La Comisión reiteradamente ha señalado que la aplicación de las amnistías hace ineficaces y sin valor las obligaciones internacionales de los Estados partes impuestas por el artículo 1.1 de la Convención; en consecuencia constituyen una violación de dicho artículo y eliminan la medida más efectiva para poner en vigencia tales derechos, cual es el enjuiciamiento y castigo a los responsables.

51. La cuestión no trata, como los peticionarios lo dejan perfectamente aclarado, de violaciones a los derechos humanos que se derivan de la detención y desaparición ilegal de las 70 personas consignadas en su denuncia, hecho practicado por agentes del Estado de Chile durante el pasado régimen militar, sino fundamentalmente de dos problemas: A) no derogación --y consecuente mantenimiento en vigencia-- del decreto-ley 2191 de amnistía que se dictó para sí mismo el gobierno militar, pero cuya vigencia y aplicación ha continuado durante el Gobierno democrático, inclusive después que Chile ratificara la Convención Americana y asumiera el compromiso de cumplirla; y, B) falta de juzgamiento, identificación de los responsables, y sanción a los autores de estos hechos, que se inicia durante el gobierno militar y continúa durante el Gobierno democrático y constitucional.

52. El Gobierno democrático de Chile reconoció la estrecha relación que existe en este caso entre amnistía e impunidad, y por ello dictó la ley No. 19.123, que indemniza a los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, y considera como una unidad el acto violatorio de los derechos de las víctimas, desde el momento de su aprehensión hasta la denegación de justicia.

53. Los hechos denunciados contra el Gobierno democrático causan, de un lado, incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado de Chile de adecuar las normas de su derecho Interno a los preceptos de la Convención Americana, lo que viola sus artículos 1.1 y 2; y del otro, su aplicación, que genera denegación del derecho a la justicia en agravio de las 70 personas desaparecidas consignadas en la denuncia, lo que viola los artículos 8 y 25 en conexión con el 1.1.

....

56. Merece especial reconocimiento la creación de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación y, asimismo, la labor que ésta cumplió reuniendo antecedentes sobre violaciones a los derechos humanos y los detenidos desaparecidos, cuyo informe individualizó a las víctimas --y entre ellas los casos de las 70 personas comprendidas en la denuncia-- trató de establecer su paradero y medidas de reparación y reivindicación para cada una de ellas; reconoció que los casos de estas personas constituían violaciones graves a los derechos fundamentales en las que tuvieron participación agentes del Estado; reconociéndoles, al no determinarse su paradero, la condición de "detenidos desaparecidos".

57. También merece el mismo reconocimiento la ley No. 19.123, iniciativa del Gobierno democrático, que concede a los familiares de las víctimas: a) pensión única vitalicia en monto no inferior a la retribución promedio de una familia en Chile; b) procedimiento especial para la declaración de muerte presunta; c) atención especializada por parte del Estado, en materia de salud, educación y vivienda; d) condonación de deudas educacionales, habitacionales, tributarias y otras con organismos estatales; y, e) exención del servicio militar obligatorio para los hijos de las víctimas.

58. Sin embargo tales medidas no son suficientes para garantizar el respeto de los derechos humanos de los peticionarios, conforme a lo prescrito en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras el derecho a la justicia que les asiste no sea satisfecho.

b) La denegación de justicia

59. La violación al derecho a la justicia y la consiguiente impunidad que se genera en el presente caso, constituyen una concatenación de hechos que se inician, según quedó establecido, cuando el gobierno militar expide en su favor y en el de los agentes del Estado que cometieron violaciones a los derechos humanos, una sucesión de normas destinadas a formar un complejo marco jurídico de impunidad, que comenzó formalmente en el año 1978 cuando el gobierno militar sanciona el Decreto-Ley No. 2191 de autoamnistía.

60. El Gobierno democrático también se suma a la condena del decreto-ley de amnistía expresando ante esta Comisión que: “No puede el Gobierno constitucional sino concordar con los peticionarios en el carácter del Decreto-Ley No. 2191, del 19 de abril de 1978, que buscó la exoneración de responsabilidad de los crímenes más graves cometidos en nuestra historia”.

61. En consecuencia, el Estado chileno por órgano de su Poder Legislativo, es responsable por la no adecuación o derogación del Decreto-Ley de facto No. 2191 del 19-4-78, lo cual resulta violatorio de las obligaciones asumidas por dicho Estado, de adecuar sus normas a los preceptos de la Convención, con lo que se violó sus artículos 1.1 y 2.

. . . .

d) La violación al derecho de la protección judicial (artículo 25)

68. Se denuncia que se privó a las víctimas y a sus familias de su derecho a un recurso efectivo en relación con los derechos violados, consagrados en el artículo 25 de la Convención.

69. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que los Estados tienen la obligación legal de suministrar recursos internos. Sobre este asunto, la Corte señaló que:

Según (la Convención), los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser substanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1).

70. La Corte luego estableció que: “que sean adecuados significa que la función de esos derechos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida”.

...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.

71. La autoamnistía fue un procedimiento general por el cual el Estado renunció a sancionar ciertos delitos graves. Además, el decreto, de la manera como fue aplicado por los tribunales chilenos, impidió no solamente la posibilidad de sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino también aseguró que ninguna acusación fuera hecha y que no se conocieran los nombres de sus responsables (beneficiarios) de forma que, legalmente, éstos han sido considerados como si no hubieran cometido acto ilegal alguno. El Decreto ley de amnistía dio lugar a una ineficacia jurídica de los delitos, y dejó a las víctimas y a sus familias sin ningún recurso judicial a través del cual se pudiesen identificar a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura militar, e imponerles los castigos correspondientes.

72. Al promulgar y hacer cumplir el Decreto-Ley 2191 de facto, el Estado chileno dejó de garantizar los derechos a la protección judicial estipulados en el artículo 25 de la Convención.

73. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su interpretación del artículo 1.1 de la Convención, establece que “la segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción... Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención...”. La Corte sigue analizando este concepto en varios párrafos:

“Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente”. “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”. “Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se establezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”. En cuanto a la obligación de investigar, señala la Corte que la investigación “...debe tener un 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”.

74. La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación establecida por el Gobierno democrático para investigar violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado, se ocupó de una buena parte del número total de casos y otorgó reparaciones a las víctimas o a sus familiares. No obstante, la investigación que realizó dicha Comisión sobre casos de violación del derecho a la vida y las víctimas de otras violaciones, sobre todo de torturas, se vieron desprovistas de un recurso legal y de cualquier otro tipo de compensación.

75. Además, esa Comisión no era un órgano judicial y su labor se limitaba a establecer la identidad de las víctimas de violaciones al derecho a la vida. Por la índole de su mandato, esa Comisión no estaba habilitada para publicar los nombres de quienes cometieron los delitos ni para imponer ningún tipo de sanción. Por tal razón, pese a la importancia que tuvo para establecer los hechos y otorgar compensación, no puede considerarse a la Comisión de Verdad como un sustituto adecuado de un proceso judicial.

76. Esta misma Comisión de Verdad concluyó en su informe que:

Desde el punto de vista estrictamente preventivo, esta Comisión estima que un elemento indispensable para obtener la reconciliación nacional y evitar así la repetición de los hechos acaecidos, sería el ejercicio completo, por parte del Estado, de sus facultades punitivas. Una cabal protección de los derechos humanos sólo es concebible en un real estado de derecho. Y un estado de derecho supone el sometimiento de todos los ciudadanos a la ley y a los tribunales de justicia, lo que envuelve la aplicación de sanciones previstas en la legislación penal, igual para todos, a los transgresores de las normas que cautelan el respeto a los derechos humanos.

77. El reconocimiento de responsabilidad realizado por el Gobierno, la investigación parcial de los hechos, y el pago posterior de compensaciones no son, por sí mismas, suficientes para cumplir con las obligaciones previstas en la Convención. Según lo dispuesto en el artículo 1.1 de ésta, el Estado tiene [“]la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.

78. Al sancionar el Decreto-Ley 2191 de facto sobre auto-amnistía, el Estado de Chile dejó de cumplir plenamente con la obligación estipulada en el artículo 1.1 de la Convención y violó, en perjuicio de los reclamantes, los derechos humanos que reconoce la Convención Americana.

Caso 10.580 (Ecuador)

(CIDH, Informe N° 10/95, Caso 10.580, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev., 3 de abril de 1996)

[Notas de pie de página omitidas]

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una comunicación el 29 de agosto de 1988, en la que se alega que:

El 14 de octubre de 1985, Infantes de Marina entraron a la casa de Elena Ortiz en la Isla Piedad Esmeraldas, donde estaban jugando naipes algunos jóvenes (alrededor de las 4:00 a.m.). Bajo el pretexto de revisar sus documentos personales, los marinos detuvieron a las siguientes personas: Manuel Stalin Bolaños Quiñonez, William España Ordóñez, Miguel Mosquera Betancur, Bonifacio Angulo Ordoñez. Los tres últimos fueron puestos en libertad al día siguiente. Ellos dijeron que los marinos los llevaron a (Puerto) Balao en Esmeraldas y allí los dividieron. A Manuel lo llevaron a otra parte y desde ese momento no tuvieron más noticias de él. Los familiares del señor Bolaños trataron de interponer recursos de *habeas corpus*, pero éstos fueron rechazados.

....

Artículo 25

45. El Gobierno de Ecuador no cumplió con su obligación de proporcionar un recurso sencillo, rápido y eficiente a la familia de la víctima, para que pudiesen determinarse sus derechos. La familia de Manuel Bolaños tiene derecho a saber la verdad sobre lo que le ocurrió, las circunstancias de su detención y de su muerte, y a saber dónde se encuentran sus restos. Esto emana de la obligación del Estado de hacer uso de todos los medios que tiene a su disposición para llevar a cabo una investigación seria sobre las violaciones cometidas dentro de su jurisdicción a efectos de identificar a los responsables (*Véase* Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166). La Comisión ha establecido que las víctimas y sus familiares tienen derecho a una investigación judicial realizada por un tribunal penal designado para establecer y sancionar la responsabilidad respecto a las violaciones a los derechos humanos (*Véase, en general*, los informes números 28/92 (Argentina) y 29/92 (Uruguay), Informe Anual 1992-93).

46. Al parecer, los órganos judiciales competentes para investigar hechos como los que se exponen en el caso que nos ocupa no realizaron investigación alguna sobre la aprehensión del señor Bolaños por agentes del Estado y su detención y muerte mientras estuvo bajo custodia. La investigación realizada por las autoridades navales duró aproximadamente tres años y siete meses, pero no agotó todas las medidas posibles para averiguar la verdad. Pese a que el Gobierno estaba en posesión de información que la familia tenía derecho a conocer, inclusive dónde había sido recluso el señor Bolaños, las circunstancias de su deceso y la ubicación de sus restos, ni los familiares, ni los peticionarios, recibieron información alguna al respecto. La ausencia de una

investigación por autoridades competentes imparciales y el retraso y la insuficiencia de la investigación realizada, así como la falta de información por parte del Estado, constituyen una seria violación de los derechos de la familia a un recurso judicial pronto y eficiente. El retraso y la insuficiencia de todos los esfuerzos del Estado para investigar los graves alegatos interpuestos por los familiares en los canales de jurisdicción nacional les ha impedido realmente ejercer su derecho a la justicia y su derecho a saber la verdad sobre lo que ocurrió con Manuel Bolaños.

Caso Aksoy c. Turquía

*(Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 18 de diciembre de 1996,
Reports of Judgements and Decisions 1996)
[traducción no oficial]*

95. La Corte observa que el artículo 13¹ garantiza la disponibilidad a nivel nacional de un recurso para proteger los derechos y libertades de la Convención [Europea], cualquiera sea la forma en la que el derecho interno los asegure. El efecto de este artículo es por lo tanto exigir un recurso interno a través del cual la autoridad nacional competente decida sobre el fondo de la queja y otorgue el remedio adecuado, aun cuando los Estados contratantes tienen cierta discreción para adaptarse a las obligaciones derivadas de esta norma (ver la sentencia de Chahal citada en el párrafo 62 de arriba, págs. 1867-1868, Secc. 145). El alcance de la obligación bajo el artículo 13 varía dependiendo de la naturaleza de la queja del peticionario según la Convención (ver la sentencia de Chahal arriba mencionada, págs. 1868-1869, Seccs 150-151). En cualquier caso, el recurso requerido por el artículo 13 debe ser “efectivo” tanto en la práctica como en la ley, en particular en el sentido de que su ejercicio no debe ser impedido injustificadamente por las acciones u omisiones de las autoridades del Estado demandado.

....

98. La naturaleza del derecho protegido por el artículo 3 de la Convención tiene implicaciones para el artículo 13. Dada la fundamental importancia de la prohibición de la tortura (ver pfo. 62 arriba) y la especial vulnerabilidad de las víctimas de este delito, el artículo 13 impone a los Estados, sin perjuicio de que haya otros recursos disponibles en el ordenamiento interno, una obligación de realizar una investigación exhaustiva y efectiva de los incidentes de tortura.

De acuerdo con esto, en referencia al artículo 13, cuando un individuo presenta una demanda alegando que ha sido torturado por agentes del Estado la noción de “recurso efectivo” incluye, además del pago de compensación cuando corresponda, una investigación exhaustiva y efectiva que lleve a identificar y sancionar a quienes sean responsables, así como el acceso efectivo del peticionario al proceso de investigación. Es cierto que no hay una provisión expresa en la Convención [Europea] como la que hay en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas

¹ El artículo 13 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos consagra el derecho a un recurso efectivo

contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el cual establece el deber de proceder a una investigación con “prontitud e imparcialidad” cuando haya motivos razonables para creer que un acto de tortura ha sido cometido. Sin embargo, desde el punto de vista de la Corte un requerimiento como éste está implícito en la noción de “recurso efectivo” bajo el artículo 13 (ver *mutatis mutandis* en la sentencia Soering citada en el párrafo 62 arriba, págs. 34-35, Secc. 88).

4. *El respeto de las garantías del debido proceso como requisito para la efectividad de un recurso (Artículos 25.1 y 8.1)*

Pregunta

A su criterio ¿existe alguna relación entre las garantías judiciales del artículo 8.1 y el derecho a contar con un recurso efectivo?

Comentario

Los órganos del sistema interamericano han establecido igualmente en su jurisprudencia que la efectividad de un recurso judicial dependerá de que éste haya sido sustanciado de acuerdo las reglas del debido proceso consagradas en el artículo 8.1 de la Convención. Específicamente, la Corte Interamericana ha manifestado:

... los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción ...²

Por lo tanto, a consideración de este órgano:

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales de un 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; 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 recurso judicial.³

2 Corte I.D.H., caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 91.

3 Corte I.D.H. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), ídem nota 120, párr. 24.

Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 8 inciso 1

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.

Caso 10.970 (Perú)

(CIDH, Informe N° 5/96, Caso 10.970, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev., 3 de abril de 1996)
[Notas de pie de página omitidas]

- b. La imposibilidad que Raquel Mejía tuvo de acceder a los recursos internos para remediar las violaciones a los derechos humanos de su esposo y las suyas propias configuran una transgresión del artículo 25 y 8.1., en relación al artículo 1.1 de la Convención

Los artículos 25 y 8.1 de la Convención respectivamente prevén:

....

La Comisión ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de estos artículos en casos anteriores, en los cuales ha establecido el alcance del derecho a un recurso efectivo, en el marco de las normas de la Convención Americana.

En relación al artículo 1.1., la Comisión, citando a la Corte Interamericana en el caso Velásquez Rodríguez, ha manifestado:

la segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción... Como consecuencia de esta obligación los Estados deben “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención...”. La Corte amplía este concepto en varios párrafos siguientes de la misma sentencia, por ejemplo: “Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del Poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente”. “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”; “...si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha

incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción".
Con respecto a la obligación de investigar señala que "... debe tener sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple cuestión 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..."

La obligación de comportamiento consagrada en el artículo 1.1 es un corolario necesario del derecho de todo individuo a recurrir a un tribunal para obtener protección judicial cuando sea víctima de la violación de cualquiera de sus derechos humanos. Si esto no fuera así el derecho a obtener un recurso efectivo consagrado en el artículo 25 se vería absolutamente vaciado de contenido.

En este sentido, la Corte Interamericana ha observado:

[En los términos de la Convención] los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser substanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).

La Comisión considera que el derecho a un recurso consagrado en el artículo 25, interpretado en conjunto con la obligación del artículo 1.1 y lo dispuesto en el artículo 8.1, debe entenderse como el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado --sea éste un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado--, de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada.

De este modo, cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice "seriamente con los medios a su alcance ... a fin de identificar a los responsables, [y] de imponerles las sanciones pertinentes...".

Investigar seriamente, en concepto de la Comisión, implica que la autoridad competente del Estado "desarrolla[rá] las posibilidades del recurso judicial", es decir asumirá la investigación "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..." Así, la obligación de investigar seriamente, en la práctica significa que el Estado actuará con debida diligencia, es decir con los medios existentes a su alcance, e intentará arribar a una decisión. Sin embargo, cuando el Estado haya cumplido con su obligación de investigar diligentemente el hecho que la investigación no produzca un resultado positivo o que la decisión no resulte favorable al peticionario no demuestra *per se* que éste no ha tenido acceso a un recurso. Según el artículo 25 de la Convención, el derecho a la protección judicial incluye la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de toda decisión en la que se estime un recurso procedente.

De este modo, en el marco de la Convención el término “recurso” debe entenderse en un sentido amplio y no limitarlo al significado que esta palabra tiene en la terminología jurídica propia de las legislaciones procesales de los Estados.

La Convención Americana requiere que los Estados ofrezcan recursos efectivos a las víctimas de violaciones a sus derechos humanos. La existencia formal de éstos no alcanza para demostrar la efectividad de los mismos; más bien un recurso para ser efectivo debe ser adecuado y eficaz. Adecuado significa que la función del recurso, en el sistema del derecho interno de un Estado, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. Un recurso es eficaz cuando es capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido.

Si bien la existencia o no de un recurso efectivo se establece en un caso concreto y tomando en consideración las particularidades propias de cada legislación, la Comisión entiende que, en aquellos Estados en los cuales la determinación de la reparación civil del daño causado por un hecho ilícito se encuentra sujeta al establecimiento del mismo en un proceso de naturaleza criminal, la promoción de la acción penal y su impulso procesal posterior por parte del Estado es el recurso adecuado con el cual la víctima cuenta.

En el caso bajo análisis, la Comisión, fundada en la credibilidad de los hechos denunciados, presumió que Raquel Mejía no había tenido acceso a un recurso efectivo que remediase las violaciones a los derechos humanos de los que había sido víctima. Según lo establecido, Raquel Mejía no realizó una denuncia ante los tribunales de la jurisdicción interna pues, como práctica, en Perú este tipo de actos en los cuales se encuentran involucrados agentes del Estado no son investigados y además quienes denuncian corren el riesgo de ser objeto de represalias.

La omisión del Estado peruano de proveer a la víctima acceso a una investigación judicial a cargo de un tribunal independiente e imparcial, en la práctica, transformó en materialmente imposible su derecho de obtener una compensación. En efecto, en el derecho peruano, la obtención de una reparación civil por los daños ocasionados como consecuencia de un hecho ilícito tipificado penalmente se encuentra sujeto al establecimiento del delito en un proceso de naturaleza criminal.

Por esta razón, en el caso concreto de Raquel Mejía, la omisión del Estado peruano de garantizar su derecho a un recurso efectivo, además de constituir una violación de su derecho a la protección judicial, configuró una violación del derecho de ésta de acceder a un tribunal que determinase si le correspondía obtener compensación por los daños sufridos como consecuencia de las violaciones de las que fue víctima.

La Convención Americana establece una distinción entre el peticionario y la víctima. Mientras que el término “peticionario” significa quien tiene legitimación activa para presentar una denuncia ante el sistema, la palabra “víctima” hace referencia a aquellos individuos que han sido afectados por la violación de sus derechos. La Comisión entiende que, en los casos en los cuales se produce una violación del derecho a la vida, la omisión del Estado de proveer recursos efectivos afecta a los familiares de la persona muerta, y por lo tanto, los transforma en “víctimas” indirectas de la violación al derecho a la protección judicial, definida en un sentido amplio, es decir, incluyendo el derecho a la reparación.

La Comisión ha presumido que el Estado peruano omitió garantizar el derecho a un recurso efectivo en el caso de Fernando Mejía. En su caso, el recurso adecuado era la investigación judicial promovida por el Estado a través de la iniciación de la acción penal y una vez establecida la existencia de un hecho ilícito, la determinación de una reparación de los daños ocasionados a la víctima. Si bien se promovió la acción penal correspondiente, el comportamiento de los órganos del Estado, sea el Ministerio Público, el juez a cargo de la causa y las propias Fuerzas Armadas peruanas demorando u obstruyendo la investigación, en la práctica, transformaron el recurso en ineficaz.

La omisión del Estado de proveer una investigación seria en el caso de Fernando Mejía afectó el derecho de su esposa a gozar de un recurso efectivo y, según lo establecido en el derecho peruano, al no haberse establecido penalmente la existencia del hecho ilícito, impidió el acceso de Raquel Mejía a un tribunal para que determinase si le correspondía obtener reparación.

A partir del análisis realizado supra, la Comisión concluye que el Estado peruano, al no ofrecer recursos efectivos a Raquel Mejía sea en el caso del homicidio de su marido como en relación a las violaciones de sus propios derechos, ha transgredido los derechos consagrados en los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención.

Caso 10.580 (Ecuador)

(CIDH, Informe N° 10/95, Caso 10.580, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev., 3 de abril de 1996)

47. Los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención, a un juicio justo y al recurso a los remedios judiciales, respectivamente, así como la obligación, en virtud del artículo 1, de que el Gobierno investigue, requieren que las autoridades responsables de la acción legal sean competentes, independientes e imparciales.

48. Es obligación del Gobierno llevar a cabo una investigación completa, independiente e imparcial sobre cualquier supuesta violación del derecho a la vida. Dicha obligación es inherente al deber del Gobierno de proteger los derechos humanos, reconocido en la Convención Americana. Cuando el Estado permite que las investigaciones las dirijan los órganos potencialmente implicados, la independencia y la imparcialidad se ven claramente comprometidas. Los procedimientos legales resultan, por consiguiente, incapaces de proporcionar la investigación, la información y el remedio supuestamente disponibles. En este caso, las autoridades militares realizaron la investigación de unos hechos que supuestamente implicaban responsabilidad por parte de miembros de su organización y de la propia organización. Las autoridades militares no poseían la autoridad legal para ejercer dichas funciones en este caso, ni podían actuar, en absoluto, con la independencia e imparcialidad necesarias. Resulta instructivo advertir, a este respecto, que todos los testigos requeridos para ofrecer testimonio en el proceso penal militar llevado a cabo eran miembros de la organización militar.

Semejante arreglo tiene como consecuencia que los presuntos responsables sean aislados del curso normal del sistema legal. Este tipo de impunidad de facto supone la corrosión del imperio de la ley y viola los principios de la Convención Americana.

Caso 10.843 (Chile)

(CIDH, Informe N° 36/96, Caso 10.843, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997)

C) LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES (ARTÍCULO 8)

62. Se denuncia que las consecuencias jurídicas de la autoamnistía son incompatibles con la Convención, pues trasgreden el derecho de la víctima a un juicio justo consagrado en su artículo 8.

63. El artículo protege el derecho del acusado a un proceso justo "en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra él...". El Estado tiene la obligación de suministrar recursos efectivos (artículo 25), los cuales deben ser "substanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1)["]". Es importante señalar que en muchos de los sistemas de Derecho Penal de América Latina, la víctima tiene el derecho de presentar cargos en una acción penal. En sistemas como el chileno, que lo permite, la víctima de un delito tiene el derecho fundamental de acudir a los tribunales. Ese derecho es esencial para impulsar el proceso penal y llevarlo adelante. El decreto de amnistía claramente afectó el derecho de las víctimas, vigente en la ley chilena, de iniciar una acción penal ante los tribunales en contra de los responsables por violaciones a los derechos humanos.

64. Y aunque no fuese así, tratándose como en este caso de delitos de acción pública, esto es, perseguibles de oficio, el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable, de investigarlos. Por lo cual, en todo caso el Estado chileno es titular de la acción punitiva y la obligación de promover e impulsar las distintas etapas procesales, en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de la víctima y sus familiares. Esta carga debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio, y no como una gestión de intereses de particulares o que dependa de la iniciativa de éstos o de la aportación de pruebas por parte de los mismos.

65. Los peticionarios alegan asimismo que el Decreto-Ley de Amnistía impidió a los familiares de las víctimas la posibilidad de obtener una reparación en los tribunales civiles. El artículo 8 establece que:

Toda persona tiene el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido anteriormente por la ley... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

66. En Chile la posibilidad de iniciar una acción civil no está necesariamente vinculada al resultado del procedimiento criminal. A pesar de ello la demanda civil debe ser interpuesta en contra de una persona determinada para que se pueda establecer la responsabilidad por los hechos alegados y determinar el pago de las indemnizaciones. La falta de investigación por parte del Estado hizo virtualmente imposible establecer la responsabilidad ante los tribunales civiles. No obstante que la Corte Suprema subrayó el hecho que los procedimientos civiles y penales son independientes, la manera como la amnistía fue aplicada por los tribunales claramente afectó el derecho de obtener reparación en los tribunales civiles, ante la imposibilidad de individualizar o identificar a los responsables.

67. El Decreto-Ley de facto 2191, según fue aplicado e interpretado por los tribunales del Estado chileno, impidió a los peticionarios ejercer su derecho a un proceso justo para la determinación de sus derechos civiles, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención.

B. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONAL (ARTICULO 7 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)

1. ***Legalidad de la detención. Prohibición de la detención o encarcelamiento arbitrario***

Preguntas

¿Establece la Convención Americana los procedimientos que deben seguirse para que una detención sea legal? Si ello no es así ¿pueden los órganos del sistema determinar que la legislación interna de un país no se ha cumplido o es arbitraria y en consecuencia incompatible con el artículo 7 incisos 2 y 3 de la Convención?

**Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 7**

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

Caso Gangaram Panday

(Corte I.D.H., Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C N° 16)

45. La Corte debe determinar ahora si la detención de Asok Gangaram Panday por miembros de la Policía Militar de Suriname, configura los supuestos de ilegalidad o de arbitrariedad o una violación del derecho de la víctima de haber sido llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para el ejercicio de funciones judiciales, si procede la imputación de tales hechos a Suriname y, en consecuencia, la declaratoria de su responsabilidad internacional tipificados en el artículo 7.2, 7.3 y 7.5 de la Convención.

47. Esta disposición 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 11.006 (Perú)

(CIDH, Informe N° 1/95, Caso 11.006, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995)

[Notas de pie de página omitidas]

Los peticionarios han señalado que los hechos que tuvieron lugar el 5 de abril de 1992 cuando tropas del Ejército de Perú rodearon, atacaron con balas y posteriormente allanaron el domicilio del Dr. Alan García a los efectos de proceder a su detención, constituyen violaciones a los derechos protegidos en el artículo 7 de la Convención Americana.

El mencionado artículo consagra el derecho de todo individuo a la libertad y seguridad de su persona. Asimismo, en su párrafo segundo, el artículo 7 establece que las restricciones a estos derechos operan únicamente por las causas y en las condiciones establecidas por la Constitución o por las leyes dictadas en su consecuencia.

La Comisión Europea de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que las palabras libertad y seguridad deben leerse en conjunto y entenderse como referidas a la libertad física. En el caso *X v. the Federal Republic of Germany*, la Comisión ha considerado que la amenaza de una detención arbitraria e injustificada infringe el derecho a la seguridad de la persona.

En los términos del artículo 7 de la Convención, la legalidad y arbitrariedad de una detención debe analizarse a partir de la observancia o no de los preceptos constitucionales, o de las leyes domésticas dictadas a los efectos de su reglamentación, que prescriben las causas por las cuales una persona puede ser sujeta a la privación de su libertad y establecen los procedimientos que deben llevarse a cabo a los efectos de la detención de un individuo.

En tal sentido, la Constitución de Perú de 1979 establecía en su artículo 2:

Toda persona tiene derecho: Inciso 20. A la libertad y seguridad personal. g) nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito... h) toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención...

Según ha sido descrito por los peticionarios en su exposición de hechos, la forma en que se intentó detener al ex-Presidente Alan García tuvo lugar con total inobservancia de las disposiciones procedimentales previstas en la Constitución. Las acciones se desarrollaron sin existir una orden judicial extendida por autoridad competente donde se establecieran los motivos por los cuales se pretendía detener al Dr. García.

Por otro lado, el intento de arresto fue conducido por tropas del Ejército carentes de competencia para realizar este tipo de acciones. La Constitución de Perú, al igual que otras Constituciones de Estados democráticos, establece que el rol de las Fuerzas Armadas es garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y que, por lo tanto, las mismas carecen de competencia para detener civiles.

Lo expuesto resulta asimismo corroborado por el Reglamento de Servicio en Guarnición de las Fuerzas Armadas el cual establece que, en caso de utilizarse tropas para el mantenimiento y restablecimiento del orden público, las mismas se limitarán estrictamente al cumplimiento de la misión asignada, evitando hacer empleo inadecuado de sus armas. Las Fuerzas Armadas deberán estar acompañadas de la Policía Nacional, la que efectuará los arrestos y detenciones que la situación imponga.

La Comisión ha considerado que los arrestos deben realizarse por la autoridad competente prevista por la legislación interna de los Estados y que el incumplimiento de tal requisito, así como de los procedimientos exigidos por el derecho internacional para llevar adelante una detención, devienen en una situación en la cual "...los arrestos pierden categoría de tales para convertirse en meros secuestros...".

Los razonamientos expuestos, sumados a los actos de violencia ejercitados por tropas del Ejército contra el ex-Presidente García --asalto de su domicilio con balas-- a los efectos de proceder a su arresto, llevan a la Comisión a considerar que en el caso en cuestión existió en contra del mismo una amenaza de detención arbitraria e ilegal y que por este motivo, el derecho a la seguridad personal del ex-Presidente, protegida por el artículo 7 de la Convención Americana, fue infringida por las acciones desarrolladas por las Fuerzas Armadas peruanas el 5 de abril de 1992.

Los reclamantes asimismo han denunciado que los hijos menores del ex-Presidente García y su esposa permanecieron privados de su libertad, bajo arresto domiciliario, por tropas del Ejército y que tal situación implicó la violación de los artículos 7 (derecho a la libertad personal) y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De acuerdo a lo descrito supra, la privación de la libertad de una persona opera únicamente por las causas y en las condiciones establecidas por la Constitución o sus leyes reglamentarias.

La Constitución peruana disponía que la libertad personal sólo puede ser restringida por las causas previstas por la ley, que nadie puede ser detenido sin orden judicial escrita y motivada del juez competente, que toda persona detenida debe ser puesta, dentro de veinticuatro horas, a disposición de un juez e informada de las razones de su arresto.

A partir de los preceptos constitucionales enumerados, la Comisión entiende que el arresto del que fue objeto la esposa del ex-Presidente Alan García puede calificarse como ilegal y arbitrario en cuanto no existía ningún mandamiento escrito y motivado de un juez competente ordenando su detención, no fue puesta a disposición de la autoridad judicial ni informada de las razones de su arresto.

Caso 10.580 (Ecuador)

(CIDH, Informe N° 10/95, Caso 10.580, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev., 3 de abril de 1996)

Artículo 7

8. El artículo 7 de la Convención Americana establece en la parte pertinente que

En este caso se ha demostrado que efectivos de la Armada ecuatoriana entraron a la casa de la hermana del señor Bolaños, se lo llevaron bajo custodia y lo transportaron a la base naval de Balao, donde permaneció hasta su deceso. Al parecer, no se presentaron órdenes de allanamiento o de arresto. Las declaraciones de los peticionarios indican que en el momento en que se llevaron a los hombres de la casa, el propósito alegado de la detención era verificar sus documentos de identidad.

9. El artículo 19 (17) (g) de la Constitución ecuatoriana establece en la parte pertinente que:

Nadie será privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante...

En el Código de Procedimiento Penal del Ecuador se incluyen estipulaciones específicas en relación con la detención. De los artículos pertinentes, el 172 se refiere a la detención preventiva por orden judicial. El artículo 174 autoriza la aprehensión en el caso de un delito flagrante (definido en el artículo 175 como un delito cometido en presencia de una persona o personas, o descubierto inmediatamente después de haber sido cometido, si el autor es aprehendido portando armas, instrumentos o documentos relativos al delito que se acaba de cometer). El artículo 176 prescribe que nadie podrá ser aprehendido salvo por agentes autorizados por la ley. La aprehensión por parte de otras personas sólo está autorizada: en el momento en que esté por cometerse un delito; en el caso de un fugitivo bajo sentencia o sujeto a una orden de detención; en el caso de una persona acusada,

enjuiciada o sentenciada que haya escapado. La persona aprehendida en esas circunstancias deberá entregarse inmediatamente a un agente de la policía nacional, la policía judicial, o en su caso, al Teniente Político.

10. En este caso, parece evidente a la luz de lo remitido por los peticionarios y el Gobierno que no se había emitido una orden judicial para el arresto o la detención de Manuel Bolaños. La información contenida en el expediente enviado por el Gobierno indica repetidas veces que el señor Bolaños fue aprehendido y detenido en relación con una investigación que estaban llevando a cabo las autoridades navales sobre el asesinato del oficial Arturo Sotomayor acaecido el 12 de octubre. El señor Bolaños fue detenido varios días después, en casa de su hermana. Los hechos, tal como están expuestos, indican que no se trató de un caso en el que la aprehensión, sin previa orden judicial, fuera autorizada por la ley. Es más, los agentes que aprehendieron al señor Bolaños no estaban autorizados por la ley a desempeñar esa función. La Comisión deduce de la información que le ha sido remitida que la aprehensión y la detención de Manuel Bolaños se llevó a cabo en contravención de los requisitos sustanciales y de procedimiento de la Constitución ecuatoriana, y de las leyes establecidas al respecto.

2. ***El Derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales***

Preguntas

¿Establece la Convención un período específico de tiempo dentro del cual el detenido debe ser presentado ante un juez u otro funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales? ¿Cómo interpreta usted la frase “sin demora” (veáse lo decidido por la Corte Europea en el caso Koster)? A su criterio, las normas constitucionales que se transcriben en esta sección ¿cumplen con el requisito de presentar a un detenido “sin demora”? ¿Cómo definiría usted “juez o funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”(veáse en este sentido el caso Schiesser)?

Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 7 inciso 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

El artículo 7.5 de la Convención Americana, al igual que otros tratados de derechos humanos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁴ y la Convención Europea sobre Derechos Humanos⁵, no establece límites rígidos en relación al plazo dentro del cual una persona detenida o arrestada debe ser presentada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Esta cuestión se encuentra regulada normalmente por la Constitución (a modo de ejemplo, veáanse las normas constitucionales incluidas en esta sección) o por la legislación sobre procedimiento penal de los Estados partes en dicho instrumento. Por lo tanto, si bien la Convención otorga a los Estados la facultad para determinar un plazo específico, los órganos del sistema retienen su competencia para establecer si en un caso concreto el derecho del detenido de ser presentado “sin demora” ante un juez ha sido respetado (veáse caso *Koster*)

Caso *Koster* c. Holanda

*(Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de noviembre de 1991,
Serie A No. 221)
[traducción no oficial]*

24. El uso de la palabra “aussitôt” [en seguida] en el texto en francés [de la Convención Europea sobre Derechos Humanos], con su connotación restrictiva de inmediatez, confirma que el grado de flexibilidad otorgado a la noción de “prontitud” es limitado, aún cuando las circunstancias concurrentes no pueden ignorarse al evaluar [el caso concreto] bajo el párrafo 3 [del artículo 5]. Aunque “prontitud” debe evaluarse en cada caso específico de acuerdo a las características especiales del mismo (veáse *De Jong, Baljet and Van Den Brink v. The Netherlands* (1986) 8 EHHR 20, párrafo 52), el significado que se otorgue a dichas características no puede llevarse al punto de privar al derecho consagrado en el artículo 5 (3) de su misma esencia, es decir no puede llevarse al punto de negar efectivamente la obligación del Estado de garantizar [que el detenido] sea liberado o presentado ante la autoridad judicial con prontitud.

4 El artículo 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se refiere a “sin demora”.

5 El artículo 5.3 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos establece que el detenido será presentado ante un juez “prontamente” o “con prontitud” (“promptly”)

Constitución Política de la República de Guatemala
Artículo 6

Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad.

El funcionario, o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente.

Constitución Política de la República de Ecuador
Artículo 22 inciso 19 h.

Art. 22.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

19. La libertad y seguridad personales. En consecuencia:

h. Nadie será privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la Ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. En cualquiera de los casos, no podrá ser incomunicado por más de veinticuatro horas.

Constitución de la República del Paraguay
Artículo 12

Nadie será detenido ni arrestado sin orden escrita de autoridad competente, salvo caso de ser sorprendido en flagrante comisión de delito que mereciese pena corporal. Toda persona detenida tiene derecho a:

5. que sea puesta, en un plazo no mayor de veinticuatro horas, a disposición del magistrado judicial competente, para que éste disponga cuanto corresponda en derecho.

Constitución Política de la República de Panamá

Artículo 21

Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él, al interesado si la pidiere.

El delincuente sorprendido in fraganti puede ser aprehendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad.

Nadie puede ser detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tiene como sanción la pérdida del empleo, sin el juicio de las penas que para el efecto establezca la ley.

Caso Suárez Rosero

*(Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997,
Serie C No. 35)*

50. La Corte observa que, conforme al artículo 22.19.h de la Constitución Política del Ecuador, la incomunicación de una persona durante la detención no puede exceder de 24 horas (*supra* párr. 43). Sin embargo, el señor Suárez Rosero fue incomunicado desde el 23 de junio hasta el 28 de julio de 1992 (*supra* párr. 34, aparte d), es decir, un total de 35 días más del límite máximo fijado constitucionalmente.

51. La incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención, y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva.

Caso Schiesser c. Suiza

(Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 4 de diciembre de 1979,

Serie A No. 34)

[traducción no oficial]

27. Al establecer que toda persona arrestada debe ser llevada ante un juez u otro funcionario, el Artículo 5 (3)⁶ otorga a los Estados contratantes la posibilidad de elegir entre dos categorías de autoridades. Está implícito en dicha elección que estas categorías no son idénticas. Sin embargo, la Convención las menciona en la misma frase y presupone que estas autoridades cumplen la misma función; por lo tanto, este instrumento reconoce la existencia de una cierta analogía entre “juez” y “funcionario”. Además, si ello no fuera así, existiría escasamente alguna explicación para incluir el adjetivo “otro”.

28. “Magistrat” [magistrado] en francés y, aún más, “officer” [funcionario] en inglés tienen manifiestamente un significado más amplio que “juge” y “judge” [juez en francés e inglés, respectivamente].

Nuevamente, el ejercicio de “funciones judiciales” no se limita a decidir disputas legales. En muchos Estados contratantes, los funcionarios (magistrats) y aún los jueces ejercen dichas funciones sin adjudicar casos, por ejemplo los miembros de las fiscalías y los jueces instructores.

Un análisis literal por lo tanto sugiere que el Artículo 5 (3) incluye los funcionarios de fiscalías o ministerios públicos así como los jueces.

29. Con respecto al contexto de las palabras a ser interpretadas, el Gobierno y la Comisión indican que a lo largo del texto del Artículo 5 se usan expresiones de dos tipos, una precisa -- “tribunal” (párrs. (1) (a) y (b), (4) y “juez” (párr. 3) -- y la otra bastante vaga -- “autoridad legal competente”(párr. 1 (c)) y “funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” (párr. 3). En su opinión, es razonable deducir de esto que el primer tipo de expresiones contempla requisitos más estrictos que las del segundo. La Corte comparte esta interpretación pero desea enfatizar los límites de la distinción establecida.

Desde que el párrafo 1 (c) conforma un todo con el párrafo 3, “autoridad legal competente” es un sinónimo, abreviado, de “juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales”. (Lawless v. Ireland (Merits), 1 EHRR 15, 27-28; Ireland v. UK, 2 EHRR 25, 89, para. 199).

En el presente caso, puede ganarse mayor asistencia [en la interpretación] al comparar los párrafos 3 y 4 [del Artículo 5]: a diferencia del párrafo 3, el párrafo 4 requiere la intervención de un “tribunal”. Antes que un órgano pueda ser apropiadamente considerado un “tribunal”, debe, inter alia,

⁶ El artículo 5 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la libertad y seguridad personales. Los párrafos 3 y 4 de dicho artículo, en general, son similares a los párrafos 5 y 6 del artículo 7 de la Convención Americana, respectivamente.

ser independiente del Ejecutivo y de las partes (Neumeister v. Austria, 1 EHRR 91, 132, para. 24; De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, Series A, No. 12, p. 41, para. 78), pero esto también resulta aplicable al “funcionario” mencionado en el párrafo 3: mientras la “función judicial” que éste debe ejercer, a diferencia de las previstas en el párrafo 4, puede no incluir la adjudicación de disputas legales, el ejercicio de dicha función judicial es inconcebible si la persona responsable no goza de independencia (veáse párr. 31 supra).

30. . . . La Corte considera que el Artículo 5 está diseñado para garantizar que ninguna persona sea privada de su libertad arbitrariamente (Winterwerp v. The Netherlands, 2 EHRR 387, 501, para. 37).

Este fin general incluye, en el área cubierta por el párrafo 4, la necesidad de seguir un procedimiento que tenga un “carácter judicial” y otorgue “garantías apropiadas para el tipo de privación de libertad en cuestión”, sin las cuales sería imposible hablar de un tribunal (De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, 1 ERHH 373, 407, para. 76). El funcionario al que hace referencia el párrafo 3 debe, por su parte, ofrecer garantías apropiadas a la función judicial que le otorga la ley.

31. Para resumir, “funcionario” no es idéntico a “juez” pero debe sin embargo tener alguno de los atributos del último, es decir, debe satisfacer ciertas condiciones, cada una de las cuales constituye una garantía para la persona arrestada.

La primera de estas condiciones es independencia del ejecutivo y de las partes [en el proceso]. (Veáse, mutatis mutandis, Neumeister v. Austria, 1 EHRR 91, 132, para. 24). Esto no significa que el “funcionario” no pueda en alguna medida estar subordinado a otros jueces u funcionarios siempre que ellos mismos gocen de similar independencia.

Además, bajo el Artículo 5 (3), existen un requisito procesal y uno de fondo. El requisito procesal obliga al “funcionario” a oír él mismo al individuo que traen ante sí (veáse, mutatis mutandis, Winterwerp v. The Netherlands, 2 EHRR 387, 409, para. 60); el requisito de fondo le impone las obligaciones de revisar las circunstancias en favor o en contra de la detención, de decidir, con referencia a criterios legales, si existen razones para justificar la detención y de ordenar la libertad si las mismas no se encuentran presentes (Ireland v. UK, 2 EHRR 25, 89, para. 199).

3. *El Derecho a contar con un hábeas corpus o recurso de exhibición personal*

Preguntas

¿Cuáles son los requisitos establecidos por la Corte Interamericana para determinar que la acción de hábeas corpus es un recurso efectivo para proteger la libertad, la integridad personal y la vida de una persona? ¿Considera usted que la legislación de hábeas corpus de su país cumple con dichos requisitos? ¿Procede en su país la acción de hábeas corpus para los casos de amenaza de privación de libertad? De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte ¿es posible suspender el hábeas corpus en estados de emergencia?

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 7 inciso 6

Preguntas

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 fueran 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 ante 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.

Comentario

La Corte Interamericana en su jurisprudencia ha afirmado que “la exhibición personal o hábeas corpus sería, normalmente, el [recurso] adecuado para hallar a una persona presuntamente detenida por las autoridades, averiguar si lo está legalmente y, llegado el caso, lograr su libertad”⁷.

Al referirse al hábeas corpus, sin embargo, la Corte lo interpreta como una acción que “tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad”⁸. Si la legislación interna no contempla estos requisitos, según la jurisprudencia de la Corte, no podría considerarse como el recurso adecuado para proteger a una persona ilegalmente detenida pues “[e]l hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad, exige la presentación del detenido ante un juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada”⁹. Por lo tanto, “si el recurso de exhibición personal exigiera . . . identificar el lugar de detención y la autoridad respectiva, no sería adecuado para encontrar a una persona detenida clandestinamente por las autoridades del Estado puesto que, en estos casos sólo existe prueba referencial de la detención y se ignora el paradero de la víctima”¹⁰.

7 Idem, párrs. 65, 68 y 90, respectivamente.

8 Corte I.D.H., El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), ídem nota 121, párr. 33.

9 Idem, párr. 35.

10 Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, ídem nota 1, párr. 65. También en Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, ídem nota 1, párr. 68 y en Corte I.D.H., Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, ídem nota 124, párr. 90.

Ley de Hábeas Corpus N° 23.098, Argentina
(Sancionada el 28 de setiembre de 1984, promulgada el 19 de diciembre de 1984. (B.O., 25 de diciembre de 1984)).

CAPITULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES.

....

Artículo 3.- Procedencia.

Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique:

1. Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente.
2. Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.

Artículo 4.- Estado de sitio.

Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el artículo 23 de la Constitución Nacional el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto:

1. La legitimidad de la declaración del estado de sitio.
2. La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio.
3. La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas.
4. El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del artículo 23 de la Constitución Nacional.

....

Artículo 6.- Inconstitucionalidad.

Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional.

. . . .

CAPITULO SEGUNDO. PROCEDIMIENTO.

Artículo 9.- Denuncia.

La denuncia de hábeas corpus deberá contener:

1. Nombre y domicilio real del denunciante.
2. Nombre, domicilio real y demás datos personales conocidos de la persona en cuyo favor se denuncia.
3. Autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo.
4. Causa o pretexto del acto denunciado como lesivo en la medida del conocimiento del denunciante.
5. Expresará además en qué consiste la ilegitimidad del acto.

Si el denunciante ignorase alguno de los requisitos contenidos en los números 2, 3 y 4., proporcionará los datos que mejor condujeran a su averiguación.

La denuncia podrá ser formulada a cualquier hora del día por escrito u oralmente en acta ante el secretario del tribunal. En ambos casos se comprobará inmediatamente la identidad del denunciante y cuando ello no fuera posible, sin perjuicio de la prosecución del trámite el tribunal arbitraré los medios necesarios a tal efecto.

. . . .

Artículo 11.- Auto de hábeas corpus.

Cuando se tratare de la privación de la libertad de una persona, formulada la denuncia el juez ordenará inmediatamente que la autoridad requerida, en su caso, presente ante él al detenido con un informe circunstanciado del motivo que funda la medida, la forma y condiciones en que se cumple, si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en el cual deberá acompañarla, y si el detenido hubiese sido puesto a disposición de otra autoridad a quien, por qué causa, y en qué oportunidad se efectuó la transferencia.

Cuando se tratare de amenaza actual de privación de la libertad de una persona el juez ordenará que la autoridad requerida presente el informe a que se refiere el párrafo anterior.

Si se ignora la autoridad que detenta la persona privada de su libertad o de la cual emana el acto denunciado como lesivo, el juez librará la orden a los superiores jerárquicos de la dependencia que la denuncia indique.

La orden se emitirá por escrito con expresión de fecha y hora salvo que el juez considere necesario constituirse personalmente en el lugar donde se encuentre el detenido caso en el cual podrá emitirla oralmente, pero dejará constancia en acta.

Cuando un tribunal o juez de jurisdicción competente tenga conocimiento por prueba satisfactoria de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionario de su dependencia o inferior administrativo, político o militar y que es de temerse sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o que se le hará sufrir un perjuicio irreparable antes de que pueda ser socorrida por un auto de hábeas corpus, pueden expedirlo de oficio, ordenando a quien la detiene o a cualquier comisario, agente de policía u otro empleado, que tome la persona detenida o amenazada y la traiga a su presencia para resolver lo que corresponda según derecho.

Artículo 12.- Cumplimiento de la orden.

La autoridad requerida cumplirá la orden de inmediato o en el plazo que el Juez determine de acuerdo con las circunstancias del caso.

Si por un impedimento físico el detenido no pudiere ser llevado a presencia del juez la autoridad requerida presentará en el mismo plazo un informe complementario sobre la causa que impide el cumplimiento de la orden, estimando el término en que podrá ser cumplida. El juez decidirá expresamente sobre el particular pudiendo constituirse donde se encuentra el detenido si estimare necesario realizar alguna diligencia y aun autorizar a un familiar o persona de confianza para que lo vea en su presencia.

Desde el conocimiento de la orden el detenido quedará a disposición del juez que la emitió para la realización del procedimiento.

Código de Procedimiento Penal, Colombia *(Decreto N° 50 - Dado en Bogotá el 13 de enero de 1987)*

CAPITULO SEPTIMO

Artículo 454.- Consagración.

El hábeas corpus es un derecho que procede en amparo de la libertad personal contra todo acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a restringirla.

Artículo 455.- Procedencia.

Cuando una persona sea capturada con violación de las garantías constitucionales o legales, o se prolongue ilícitamente la privación de su libertad, puede invocar el derecho de hábeas corpus. La petición se tramitará inmediatamente según el procedimiento que a continuación se establece.

....

Artículo 459.- Contenido de la petición

La petición de hábeas corpus deberá contener el nombre de la persona en cuyo favor se interviene, las razones por las cuales considera que con la privación de su libertad se está violando la Constitución o la ley, la fecha de reclusión y el lugar donde se encuentre el capturado, y en lo posible el nombre del funcionario que ha ordenado la captura y el cargo que desempeña.

Además, bajo la gravedad del juramento que se considera prestado por la presentación de la petición, deberá afirmarse que ningún otro juez penal ha asumido el conocimiento de la solicitud de hábeas corpus o decidido sobre la misma.

Artículo 460.- Trámite.

Recibida la solicitud, el funcionario decretará inmediatamente una inspección a las diligencias que pudieren existir en el asunto que dio lugar a la petición, que deberá practicarse a más tardar dentro de las doce (12) horas siguientes.

En ningún caso se someterá a reparto la petición y conocerá de ella privativamente el funcionario ante quien se formule.

Artículo 461.- Informe sobre captura.

Si la autoridad que hubiere decretado la captura no fuere del mismo lugar del juez que tramita la petición de hábeas corpus y éste no pudiere trasladarse a la sede de aquella, solicitará por el medio más rápido, información completa sobre la situación que dio origen a la petición. A esta solicitud se dará respuesta inmediata, remitiendo copia de las diligencias adelantadas contra el capturado.

Se podrá solicitar del respectivo director de la cárcel una información urgente sobre todo lo concerniente a la captura.

El juez podrá interrogar directamente a la persona capturada.

Constitución Política de la República de Ecuador

Artículo 28

Toda persona que creyere estar ilegalmente privada de su libertad podrá acogerse al Hábeas Corpus. Este derecho lo ejercerá por si o por interpuesta persona, sin necesidad de Mandato escrito, ante el Alcalde bajo cuya jurisdicción se encontrare o ante quien hiciere sus veces. La autoridad municipal ordenará inmediatamente que el recurrente sea conducido a su presencia y se exhiba la orden de privación de su libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa por los encargados del centro de rehabilitación social o lugar de detención.

Instruido de los antecedentes, el Alcalde dispondrá la inmediata libertad del reclamante, si el detenido no fuere presentado o si no se exhibiere la orden, o si ésta no cumpliera los requisitos legales, o si se hubieren cometido vicios de procedimiento o, en fin, si hubiere justificado el fundamento del recurso. El funcionario o empleado que no acatare la orden será destituido inmediatamente de su cargo o empleo, sin más trámite por el Alcalde, quien comunicará la destitución a la Contraloría General del Estado y a la Autoridad que deba nombrar su reemplazo.

El empleado destituido, luego de haber puesto en libertad al detenido, podrá reclamar ante los órganos competentes de la Función Judicial, dentro de ocho días de notificado de su destitución.

El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías

(Corte I.D.H., El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8)

27. Como ha quedado dicho, en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan “las garantías judiciales indispensables para (su) protección”. El artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna disposición individualizada de la Convención, lo que indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos.

28. La determinación de qué garantías judiciales son “indispensables” para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales “indispensables” para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquéllas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender.

29. A la luz de los señalamientos anteriores deben considerarse como indispensables, a los efectos del artículo 27.2, aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud.

30. Las garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales. Esta expresión no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción.

31. Corresponde ahora determinar si, a pesar de que los artículos 25 y 7 no están mencionados en el 27.2, las garantías contenidas en los artículos 25.1 y 7.6, señaladas en la consulta sometida a la Corte, deben o no considerarse entre aquellas “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión.

32. El artículo 25.1 de la Convención dispone

El 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 por la Convención. Puesto que todos los derechos son susceptibles de amparo, lo son también los que están señalados de manera expresa por el artículo 27.2 como no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia.

33. El hábeas corpus en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad. En la Convención este procedimiento aparece en el artículo 7.6 que dice

34. Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos. En efecto, de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados Partes, se observa que en algunos supuestos el hábeas corpus se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el hábeas corpus es denominado “amparo de la libertad” o forma parte integrante del amparo.

35. El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

36. Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido

Quienes redactaron la Convención conocían estas realidades, lo que puede bien explicar por qué el Pacto de San José es el primer instrumento internacional de derechos humanos que prohíbe expresamente la suspensión de las “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos.

37. Una pregunta adicional que cabe hacerse más allá de la consideración del hábeas corpus como una garantía judicial que protege derechos no susceptibles de suspensión según el artículo 27.2 es si tal procedimiento puede subsistir al mismo tiempo como medio de asegurar la libertad individual, aun bajo estado de excepción, a pesar de que el artículo 7 no está entre aquéllos que no pueden ser afectados en situaciones excepcionales.

38. Si la suspensión de garantías no debe exceder, como lo ha subrayado la Corte, la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente.

39. La Corte debe destacar, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas en el párrafo anterior, tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder.

40. Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecúa a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el hábeas corpus adquiere una nueva dimensión fundamental.

. . . .

42. Los razonamientos anteriores llevan a la conclusión de que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

43. Por otra parte debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.

Caso 11.006 (Perú)

(CIDH, Informe N° 1/95, Caso 11.006, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995)
[Notas de pie de página omitidas]

a. IMPOSIBILIDAD DE ACCESO A LOS RECURSOS DE LA JURISDICCION INTERNA

El Dr. García Pérez denunció a la Comisión que tropas del Ejército allanaron su domicilio a los efectos de arrestarlo. A su juicio, estos hechos constituyeron una amenaza a su derecho a la libertad personal en tanto no se cumplieron los procedimientos constitucionales previstos para llevar a cabo su detención. Cuando su esposa intentó en varias oportunidades interponer un hábeas corpus en favor del ex-mandatario, sus intentos se vieron frustrados por la presencia de tropas del Ejército en el Palacio de Justicia, las cuales le impidieron ingresar al mismo o mantener contacto con los magistrados de turno.

La Convención asegura que en caso que exista una violación a uno de los derechos por ella protegidos, el Estado, en cuya jurisdicción la presunta transgresión haya tenido lugar, tiene la obligación de garantizar a la víctima un recurso sencillo y rápido que asegure la obtención de un remedio a su reclamo.

El derecho a la libertad personal es uno de los derechos consagrados por la Convención. El artículo 7 establece que nadie puede ser privado de su libertad, excepto en los casos expresamente previstos por la Constitución o en las leyes dictadas en conformidad con ella. A los efectos de cuestionar la legalidad de su detención, toda persona privada de su libertad tiene derecho de recurrir a un juez para que adopte una decisión al respecto.

Para el caso de 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 razonabilidad de tal amenaza...”, el mencionado artículo señala que “... dicho recurso no puede ser restringido ni abolido...”.

De este modo, la interpretación de las normas de la Convención, sumadas a la jurisprudencia establecida por la Corte, permiten a la Comisión concluir que para el caso que exista una privación de la libertad o una amenaza de privación de la libertad --en los Estados cuyas leyes así lo establezcan-- toda persona debe gozar de un recurso rápido y efectivo para cuestionar la legalidad de la medida.

El hábeas corpus, al igual que el amparo, son recursos judiciales sencillos y rápidos para proteger a las víctimas de violaciones a derechos humanos. En los términos de la Corte Interamericana, ambos recursos constituyen garantías judiciales indispensables destinadas a garantizar el respeto de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

En el caso particular de Perú, el recurso rápido y efectivo contemplado por la legislación para cuestionar la legalidad de una privación o la amenaza a la privación de la libertad personal es el hábeas corpus. En efecto, el artículo 295 de la Constitución de Perú de 1979, establece que:

La acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de hábeas corpus...

La obligación de garantizar el acceso a un recurso rápido y efectivo no se limita a los períodos de estabilidad política sino que también resulta exigible en situaciones de emergencia.

En efecto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 27.2 de la Convención, ambos recursos, es decir el amparo y el hábeas corpus, son garantías judiciales indispensables cuyo ejercicio no está sujeto a suspensión ni aún en el caso de estados de excepción.

La Corte Interamericana ha interpretado que las garantías previstas en el mencionado artículo "... sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho...". De este modo, constituyen "... los medios idóneos para que los derechos y libertades [protegidos por la Convención] sean efectivos en toda circunstancia...", es decir aún en casos en los cuales, por una necesidad real, un Estado parte en la misma declare un estado de emergencia.

Es doctrina de la Corte Interamericana que, aún cuando el derecho a la libertad personal --o la amenaza a la libertad personal cuando los Estados prevén al hábeas corpus como un medio idóneo para remediarla-- es un derecho susceptible de suspensión en un estado de emergencia, el recurso de hábeas corpus no puede ser derogado pues a través de éste un tribunal puede evaluar la legalidad de la decisión del Poder Ejecutivo de detener a una persona y de este modo, la autoridad judicial puede impedir que se adopten medidas que resulten contrarias a la protección de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción.

Los argumentos hasta aquí expuestos llevan a la Comisión a considerar que al impedir al Dr. García Pérez el acceso a un recurso sencillo y rápido a los efectos de evitar la vulneración de sus derechos, el Gobierno de Perú ha omitido cumplir con las obligaciones impuestas por la Convención. Esto es así pues ni siquiera en caso que el Gobierno hubiera alegado que se encontraba en un estado de excepción, bajo los términos de la Convención y la interpretación que de ellos ha hecho la Corte Interamericana, se hubiera justificado la suspensión de garantías indispensables como el hábeas corpus.

C. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL (ARTICULO 5 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)

Preguntas

¿Qué actos se consideran tortura bajo las convenciones y la jurisprudencia internacional sobre la materia? ¿Cómo se distinguen de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes? ¿Considera usted que la legislación de su país sobre tortura se ajusta a los estándares internacionales consagrados en las convenciones internacionales, particularmente en lo relativo a las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación? ¿Considera usted que la decisión del juez en el caso Duarte Vera se ajusta a derecho?

Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículo 5 incisos 1, 2 y 3

Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

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.

La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

1. Definiciones de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Naciones Unidas)

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos

dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

Artículo 16

1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura *(Organización de los Estados Americanos)*

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 fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también 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.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

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.

Caso 10.970 (Perú)

(CIDH, Informe N° 5/96, Caso 10.970, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev., 3 de abril de 1996)
[Notas de pie de página omitidas]

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 5

De la letra de la Convención no surge qué debe entenderse por tortura. Sin embargo, en el ámbito interamericano, la determinación de qué actos configuran tortura se encuentra establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la que expresa:

...[S]e entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos y mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también 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.

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 1. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

De este modo, para que exista tortura deben conjugarse tres elementos:

1. que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales;
2. cometido con un fin;
3. por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero.

En relación al primer elemento, la Comisión considera que la violación es un abuso físico y mental que se perpetra como resultado de un acto de violencia. El tipo penal de violación contenido en el artículo 170 del Código Penal peruano confirma esta afirmación al establecer que “[e]l que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual...”. El Relator Especial contra la Tortura ha señalado que la violación es uno de varios métodos de tortura física. Asimismo, se considera que la violación es un método de tortura psicológica pues tiene por objeto, en muchos casos, no sólo humillar a la víctima sino también a su familia o comunidad. En este sentido, el mencionado Relator Especial ha manifestado que --particularmente en Perú-- “[l]a violación parecería ... ser un arma utilizada para castigar, intimidar y humillar”.

La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aún quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de las que fueron objeto.

Raquel Mejía fue víctima de violación, y en consecuencia de un acto de violencia contra su integridad que le causó “penas y sufrimientos físicos y mentales”. Como surge de su testimonio, luego de ser violada “estaba en un estado de shock, sentada sola en [su] habitación”. No se animó a realizar la denuncia pertinente por miedo a sufrir el “ostracismo público”. “Las víctimas de abusos sexuales no denuncian estos hechos porque [se] sienten humilladas. Además nadie quiere reconocer públicamente que ha sido violada. No se sabe cómo puede reaccionar el marido. [Por otro lado] la integridad de la familia está en juego, los hijos pueden sentirse humillados de saber que ésto le ha ocurrido a su madre”.

El segundo elemento establece que un acto para ser tortura debe haberse cometido intencionalmente, es decir con el fin de producir en la víctima un determinado resultado. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura incluye, entre otros fines, el castigo personal y la intimidación.

Raquel Mejía fue violada con el objeto de castigarla personalmente y de intimidarla. Según surge de su testimonio, el individuo que abusó sexualmente de su persona le manifestó que ella también había sido requerida como subversiva, al igual que su esposo. Le indicó que su nombre estaba en

una lista de personas vinculadas al terrorismo y finalmente, le previno que su amistad con una ex-funcionaria del Gobierno anterior no le serviría de protección. En la segunda oportunidad, antes de marcharse la amenazó con volver y violarla nuevamente. Raquel Mejía se sintió aterrorizada no sólo por su seguridad sino también por la de su hija que dormía en la otra habitación y por la vida de su esposo.

El tercer requisito de la definición de tortura es que el acto debe haber sido perpetrado por un oficial público o por una persona privada a instigación del primero.

Según se ha concluido supra, el responsable de las violaciones de Raquel Mejía es un miembro de las fuerzas de seguridad que se hacía acompañar por un número importante de soldados.

Por lo tanto, la Comisión, habiendo establecido que en el presente caso se conjugan los tres elementos de la definición de tortura, concluye que el Estado peruano es responsable de la violación al artículo 5 de la Convención Americana.

Caso 10.832 (República Dominicana)

(CIDH, Informe N° 35/96, Caso 10.832, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, OEA/Ser/L/V/II.98, doc 6, rev., 13 de abril de 1998)
[Notas de pie de página omitidas]

2. Según la denuncia, el Sr. Lizardo Cabrera fue detenido el 4 de mayo de 1989 por la Policía Nacional, donde estuvo confinado por 5 días y sometido a torturas. Con fecha 11 de mayo de 1989 fue acusado de participar en un atentado con bombas en la sede del Instituto Dominicano Americano.
3. Por resolución de 17 de julio de 1989, el juez de la Primera Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional de Santo Domingo, acogió un recurso de *hábeas corpus* interpuesto en favor de Luis Lizardo Cabrera y dispuso su inmediata libertad por haberse demostrado que no existían indicios de culpabilidad en su contra. La resolución del Tribunal no fue acatada por la Policía Nacional.
4. El día 30 de noviembre de 1989 el Juez de la Cuarta Cámara Penal del Distrito Nacional ordenó la libertad inmediata de Luis Lizardo Cabrera porque no existían indicios de culpabilidad en su contra. Esta decisión también fue desacatada por la Policía Nacional.
5. Desestimada por la Justicia la acusación de haber participado en atentados con bombas, la Policía Nacional lo acusó de haber participado en un asalto al Banco Metropolitano, hecho ocurrido en septiembre de 1988.

6. En este nuevo proceso, con fecha 16 de julio de 1990, el Juez de la Primera Cámara en lo Penal del Distrito Nacional de Santo Domingo acogió un recurso de *hábeas corpus* interpuesto en favor de Luis Lizardo Cabrera y dispuso su inmediata libertad porque no existían indicios serios, graves y concordantes que comprometieren su responsabilidad penal.

7. El 31 de agosto de 1992, la Corte Suprema de Justicia adoptó una resolución en la que dispuso la libertad de Luis Lizardo Cabrera.

8. La Policía Nacional se negó a cumplir las resoluciones judiciales favorables al Sr. Lizardo Cabrera, alegando que éste debía permanecer en prisión *“por disposiciones policiales”*.

. . . .

2. VIOLACION AL ARTICULO 5 DE LA CONVENCION AMERICANA

2.1 Alcance del artículo 5 de la Convención

74. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 5 establece lo siguiente

75. La Convención no establece criterios para definir lo que se entiende por tortura o pena o trato cruel inhumano o degradante. En relación al concepto de tortura, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificada por la República Dominicana, establece [véase texto de los artículos 2 y 3 *supra*].

76. Ni la Convención Americana ni la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura establecen qué debe entenderse por “trato, inhumano o degradante” o cuál es la línea divisoria entre tortura y trato inhumano o degradante.

77. En relación al concepto de trato inhumano y degradante la Comisión Europea de Derechos Humanos ha señalado que “trato inhumano es aquel que deliberadamente cause 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”.

78. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado, 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. La Corte Europea ha expresado, además, que la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes es absoluta, cualquiera que sea la conducta de la víctima.

79. En relación a la diferencia conceptual entre el término “tortura” y “trato inhumano o degradante”, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha indicado que el término “tortura” comprende el de “trato inhumano” y éste a su vez el de “trato degradante” y que la tortura es un “tratamiento inhumano que tiene un propósito, el de obtener información o confesiones, o infligir castigo y es generalmente una forma agravada de tratamiento inhumano”.

80. Para la Corte Europea de Derechos Humanos el criterio esencial que permite distinguir entre uno y otro concepto “deriva principalmente de la intensidad del sufrimiento infligido”.

81. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura no funda como criterio para definir la tortura la intensidad o grado de sufrimiento físico o mental experimentado por la víctima. Los criterios que establece dicha Convención 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.

82. La Comisión considera que tanto la Convención Americana como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, le confieren cierta latitud para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, un hecho o práctica constituye tortura o pena o trato inhumano o degradante.

83. La Comisión considera que la calificación debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima.

84. La Comisión se refirió separadamente a la prolongación de la prisión del Sr. Lizardo y a su incomunicación para determinar si existía una violación del artículo 5 de la Convención Americana.

2.2 La prolongación de la prisión del Sr. Lizardo constituye tortura:

85. En lo que se refiere a la prolongación del encarcelamiento del Sr. Lizardo, la Comisión considera que este hecho constituye tortura, toda vez que:

- a) La prisión ha sido dispuesta por un acto deliberado de las autoridades policiales quienes la han justificado aduciendo que se trata de “disposiciones policiales”. Según los peticionarios la policía ha argumentado, también, que se debe a “órdenes superiores” o porque representa un “peligro para el país”.

- b) La medida que ha afectado al Sr. Lizardo constituye un severo atentado contra su integridad psíquica y moral. La severidad deriva de la continua incertidumbre sobre su futuro a que se ha visto sujeto el Sr. Lizardo y que se prolonga desde hace 6 años. La Comisión toma en cuenta, además, que el origen de estado de incertidumbre se encuentra en un acto enteramente discrecional de agentes del Estado que han sobrepasado sus competencias o funciones.
- c) La Comisión entiende que las justificaciones que ha esgrimido la Policía Nacional dominicana para mantener la prisión del Sr. Lizardo son demostrativas de los propósitos del acto de tortura a que alude el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- d) La medida aplicada al Sr. Lizardo ha sido impuesta por agentes del Estado dominicano, que, aunque han actuado fuera de sus competencias, lo han hecho bajo la cobertura de una función estatal.

2.3 La incomunicación a que fue sometido el Sr. Lizardo Cabrera constituye tortura:

86. En lo que se refiere a la incomunicación impuesta al Sr. Lizardo, la Comisión estima, igualmente, que ella constituye tortura, toda vez que:

- a) La incomunicación fue un acto deliberado impuesto al Sr. Lizardo.
- b) La medida se impuso en circunstancias que el estado de salud del Sr. Lizardo era delicado. El Sr. Lizardo había desarrollado anteriormente una huelga de hambre durante treinta y seis días. La Comisión ha recibido información de que el Sr. Lizardo padecía de una afección gastro-intestinal derivada de las condiciones de su prisión. El régimen de incomunicación se prolongó por un lapso más que prudente (siete días) y fue extremo en términos que se le privó la ingestión de alimentos y bebidas y se le impidió el contacto con la luz solar. Las circunstancias de la incomunicación junto a las personales del Sr. Lizardo permiten concluir a la Comisión que la medida puso gravemente en peligro la integridad física del Sr. Lizardo.
- c) La incomunicación fue impuesta como consecuencia de un motín que se desarrolló en el recinto donde está recluido el Sr. Lizardo. La Comisión entiende que la medida fue impuesta con un propósito de castigo personal.
- d) El acto de tortura es imputable al Estado desde que fue perpetrado por agentes del mismo actuando bajo la cobertura de una función pública.

87. La Comisión tiene en cuenta que en la sentencia sobre el fondo del caso Velásquez Rodríguez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos calificó la incomunicación coactiva, *per se*, como un trato cruel e inhumano. Sin embargo, considera que, dadas las circunstancias concretas del presente caso, la incomunicación que sufrió el Sr. Lizardo se encuadra dentro del

concepto de tortura previsto en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. La Comisión concluye que el Estado dominicano violó en perjuicio de Luis Lizardo Cabrera el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana.

2. *Obligaciones de los Estados en materia de prevención, investigación y reparación de actos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*

a. Obligaciones de prevención

**Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles,
Inhumanos o Degradantes
(Naciones Unidas)**

Artículo 2

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Artículo 3

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

Artículo 4

1. Todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Artículo 10

1. Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

2. Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.

Artículo 11

Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

Artículo 15

Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
(Organización de los Estados Americanos)

Artículo 4

El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente.

Artículo 5

No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura.

Artículo 6

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

Artículo 7

Los Estados partes tomarán medidas para que, en el adiestramiento de agentes de la policía y de otros funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, provisional o definitivamente, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas similares para evitar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 10

Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración.

b. Obligaciones de investigar, sancionar y reparar

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes *(Naciones Unidas)*

Artículo 5

1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

- a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
- b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
- c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

Artículo 12

Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

Artículo 13

Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Artículo 14

1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura *(Organización de los Estados Americanos)*

Artículo 8

Los Estados Partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.

Artículo 9

Los Estados partes se comprometen a incorporar en sus legislaciones nacionales normas que garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura.

Nada de lo dispuesto en este artículo afectará el derecho que puedan tener la víctima u otras personas de recibir compensación en virtud de legislación nacional existente.

Artículo 12

Todo Estado parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención en los siguientes casos:

- a. cuando la tortura haya sido cometida en el ámbito de su jurisdicción;
- b. cuando el presunto delincuente tenga su nacionalidad; o
- c. cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en el ámbito de su jurisdicción y no proceda a extraditarlo de conformidad con el artículo 11.

La presente Convención no excluye la jurisdicción penal ejercida de conformidad con el derecho interno.

**Caso Ramón Duarte Vera s/ homicidio frustrado, torturas, privación
ilegítima de libertad, abuso de autoridad y otros**
*(Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal-
Tercer Turno de 29 de octubre de 1997 - Paraguay)*

VISTO: La excepción de prescripción planteada por estos autos por el abogado . . ., en representación del procesado Ramón Duarte Vera procesado por los supuestos delitos de homicidio frustrado, torturas, privación ilegítima de libertad, abuso de autoridad y otros, y . . .

CONSIDERANDO:

QUE, El defensor del encausado manifestó: “. . . todos los supuestos delitos imputados a mi defendido han sido consumados en el año 1959, es decir, que a la fecha han transcurrido nada más que 38 largos años por lo tanto las imputaciones hechas contra mi defendido en la querella instaurada, teniendo en cuenta la fecha de su presentación junio de 1997, se hallan con exceso totalmente prescritas, . . . Las Constituciones Nacionales del año 1949, la de 1967 y la del año 1992, son coincidentes cuando se refieren a los tratados, convenios y acuerdos internacionales, estos deberán ser aprobados y ratificados para formar parte de la legislación nacional, . . . todas las resoluciones tomadas por las Naciones Unidas sean estas convenciones, pactos o tratados, para que tengan fuerza de Ley, necesariamente deben ser ratificados, . . . El tan mentado Acuerdo y Sentencia Nro. 585 de fecha 31 de diciembre de 1996, dictado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras cosas está fundado en lo siguiente: que en el año 1962, regía plenamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y del cual Paraguay es el país adherente, que de acuerdo al artículo 1ro. de la Convención de las Naciones Unidas . . . sancionada el 26 de noviembre de 1968, los crímenes de lesa humanidad son

imprescriptibles. Esta convención define entre estos crímenes las infracciones graves enumeradas en los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 . . . Todas estas convenciones aludidas por la Corte Suprema de Justicia en dicha resolución . . . NO FUERON RATIFICADOS, por nuestro país como se justifica con los informes del congreso nacional cuyas fotocopias se acompañan. El único convenio internacional que ha sido debidamente ratificado, por nuestro país [es] el Pacto de San José de Costa Rica. Por lo que indiscutiblemente a partir del año de su ratificación 1989 pas[ó] a integrar el derecho positivo nacional, NO ASI LAS DEMAS CONVENCIONES CITADAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, . . . no podemos olvidar que las leyes se dictan para el futuro, es decir, el día de su entrada en vigencia o ratificación para adelante, y no para atrás. Esto es lo que se denomina IRRECTROACTIVIDAD DE LA LEY . . . Además se debe tener en cuenta el principio constitucional de la legalidad, . . . las torturas constituyen un hecho prohibido por nuestra Constitución Nacional vigente desde 1992, sin embargo no existe una ley reglamentaria que describa que conducta constituye tortura y que pena corresponde a la misma, . . . mi ponderante NUNCA HA TENIDO FUEROS, PRIVILEGIOS e INMUNIDAD, dentro de la República de Paraguay, pues los mismos por ser una excepción a la regla general DEBEN ESTAR EXPRESAMENTE ESTABLECIDOS POR LEY, . . . los SUPUESTOS DELITOS imputados a mi defendido, están con exceso PRESCRIPTOS. . .”

....

Cabe en este punto un análisis de las argumentaciones del excepcionante, el Sr. agente Fiscal y las de la querella, a la luz de las disposiciones legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, las disposiciones y tratados internacionales, la doctrina nacional e internacional como asimismo la jurisprudencia en relación al tema.

....

El artículo 5 de la Constitución Nacional, establece: “DE LA TORTURA [Y] OTROS DELITOS. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles”.

La Constitución Nacional del CIPSED-AID, al comentar este artículo manifiesta que la tortura, en todas sus formas se sigue utilizando, generalmente como una forma de castigo y principalmente como manera de lograr una confesión de algún detenido, preso político o condenado. . . En el Paraguay, durante el régimen de gobierno [de] Alfredo Stroessner, la aplicación de la tortura en dependencias policiales era sumamente frecuente. El Departamento de Investigaciones era uno de los lugares donde se realizaban esas prácticas, acorde a los testimonios de quienes fueron torturados en estas y otras dependencias esparcidas por el país. En nuestro país, últimamente se ha ratificado, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura. . . En este instrumento, los Estados signatarios reconocen los derechos que emanan de la dignidad inherente de la persona humana, y definen la tortura en el artículo 2o.[véase texto del artículo *supra*]

....

Las graves y frecuentes violaciones a los derechos humanos por parte de las autoridades que defendían la dictadura y que existieron en nuestro país y más aún estando muchos torturadores acusados y en pleno juicio.

La reciente incautación por parte del Poder Judicial de los archivos del Departamento de Investigaciones de la Policía de la capital y de la sección Técnica del Ministerio del Interior, hecho éste de singular transcendencia para el debido esclarecimiento de estos delitos, hace que, todo lo afirmado más arriba quede fehacientemente comprobado.

....

De los artículos 1ro., 2do. y 12do. de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, surge [véase texto de estos artículos *supra*]

CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA [citando artículos 2 y 8; véase texto de estos artículos *supra*]

....

DE LA TORTURA COMO CRIMEN INTERNACIONAL DEL ESTADO

La tortura constituye una violación grave de la dignidad humana y de los más elementales derechos de la persona. En función de ello cabe afirmar que la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes realizados con carácter sistemático, constituye en la actualidad una norma imperativa de Derecho internacional que es aceptada y reconocida como tal por la comunidad internacional y que no admite acuerdo en contrario. Así lo considera mayoritariamente la doctrina al incluir de un modo genérico las normas que protegen los derechos fundamentales de la persona humana en su proyección humanitaria y universal como pertenecientes a la esfera normativa del *ius cogens*, así como la prohibición de la tortura en particular.

La violación de la norma que proclama la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes constituye un crimen internacional al cumplir sobradamente con los criterios expuestos con ocasión del análisis de otros crímenes internacionales.

....

El segundo criterio de identificación radica en analizar si la prohibición de la tortura puede ser derogada en casos excepcionales. Ni el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos [C]iviles y Políticos, ni el art. 15 de la [C]onvención Europea de Derechos Humanos, ni el art. 27 de su homóloga americana, contemplan la posibilidad de derogar la prohibición de la tortura y otros malos tratos en casos excepcionales, dado su carácter absoluto.

Por otra parte, la práctica totalidad de los instrumentos internacionales adoptados contra la tortura incluyen la prohibición de invocar circunstancias excepcionales para justificar tales prácticas. . . .

....

En cuanto al tercer criterio de identificación, referente al hecho de que la comunidad internacional considere la violación de la prohibición de la tortura como un crimen internacional, debemos remitirnos al art. 19 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados, cuyo párrafo 2 establece los requisitos básicos que debe reunir una obligación internacional para que su violación constituya un crimen internacional:

3. El primero exige que la obligación violada sea esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional.
4. El segundo atribuye a la “comunidad internacional en su conjunto” un papel esencial pues será quien determinará las obligaciones esenciales para la salvaguardia de sus intereses fundamentales.

Las especiales características de las prácticas de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que atentan directamente contra la dignidad del hombre, así como contra su integridad física, mental y moral, confieren a la prohibición de tales prácticas la consideración de “obligación esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional”.

Asimismo, la prohibición de la tortura constituye, de conformidad con el art. 19, del Proyecto, una “obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano”, cuya violación en sí misma grave, es además en gran escala, determinará la existencia de un crimen internacional.

El carácter sistemático de la misma, fue puesto de manifiesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Irlanda contra Reino Unido, al considerar que “el criterio distintivo de la noción de tortura es el de la aplicación sistemática calculada . . . y prolongada de un trato que causa sufrimientos físicos y psicológicos de una cierta intensidad”. Es precisamente la dimensión masiva y “en gran escala” y su atribución al Estado la que determina la posibilidad de calificar tales prácticas como un crimen internacional, siendo los casos individuales o esporádicos de tortura y los no atribuibles al Estado, hechos ilícitos susceptibles de ser perseguidos y condenados por la eventual legislación interna del Estado en cuestión. . . .

....

Cabe destacar que se trata de un hecho notorio y público que en el Paraguay existía hasta el año 1989 una imposibilidad material de ejercer acciones judiciales contra las autoridades. Está probado en autos y el mismo encausado lo ha reconocido en su declaración indagatoria prestada ante el juzgado que HA RECIBIDO UN CARGO PUBLICO - JEFE DE POLICIA - EN LOS AÑOS QUE SE LE IMPUTA LA COMISION DE DELITOS CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS.

POR TANTO, hemos especificado en párrafos precedentes que el Paraguay en el art. 5 [de] la Constitución ha acogido el principio de vigencia UNIVERSAL relacionado con la

imprescriptibilidad de este tipo de delitos, teniendo en cuenta las características especiales que rodean a los mismos. Uno de esos aspectos, es precisamente la imposibilidad material de ejercer acciones contra autoridades en los tiempos con gobierno de carácter dictatorial y ausencia de estado de derecho.

Sin embargo, es preciso mencionar que el nuevo ordenamiento jurídico está basado en la PRESUNCION DE INOCENCIA DEL ARTICULO 17 inc. 1ro. de la Constitución Nacional, el cual derrumba el viejo principio de nuestro Código Penal LA PRESUNTIO DOLI, es decir la presunción de dolo del artículo 16. Por tanto, no se presume la culpabilidad del encausado ya que el mismo tiene derecho a la presunción de inocencia hasta tanto se pruebe lo contrario. SE DESTACA LA IMPORTANCIA DE INVESTIGAR LOS HECHOS IMPUTADOS AL MISMO, LA VIGENCIA UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS y la imprescriptibilidad de las acciones protectoras de tales derechos.

....

Esta resolución se funda en el artículo 5to [d]e la Constitución Nacional, 428 del CPP y los siguientes convenios y Tratados internacionales: Decreto Nro. 16.078 del 08 de enero de 1993 por el que se aprueba la competencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos, Ley Nro. 933 del 13 de agosto de 1996 por la que se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición [F]orzada de Personas, Ley Nro. 69 del 23 de enero de 1990 por el que se aprueba la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, ley Nro. 1 del 08 de agosto de 1989, Pacto de San José de Costa Rica, Ley Nro. 1.040 por el que se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derecho[s] Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", Ley 56 del 16 de enero de 1990 por el que se aprueba la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

....

RESUELVE

NO HACER LUGAR a la excepción de prescripción planteada por estos autos . . . en representación del procesado . . . por los supuestos delitos de HOMICIDIO FRUSTRADO, TORTURAS, PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, ABUSO DE AUTORIDAD Y OTROS.

....

75. Para comprender el alcance preciso de esta disposición es útil ubicarla en las circunstancias debidas. El artículo 7, que comienza con la afirmación de que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, especifica las situaciones y condiciones en que se puede permitir la derogación del principio. Es a la luz de esta presunción de libertad que los tribunales nacionales y posteriormente los órganos de la Convención deben determinar si la detención de un acusado antes de la sentencia final ha sido, en algún momento, superior al límite razonable.¹¹

76. El fundamento que respalda esta garantía es que ninguna persona puede ser objeto de sanción sin juicio previo que incluye la presentación de cargos, la oportunidad de defenderse y la sentencia. Todas estas etapas deben cumplirse dentro de un plazo razonable. Este límite de tiempo tiene como objetivo proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado.

77. El Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. La declaración de culpabilidad o inocencia es igualmente equitativa siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial. La equidad y la imparcialidad del procedimiento son los objetivos finales que debe lograr un Estado gobernado por el imperio de la ley.

78. Por lo tanto, el principio de la legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. De conformidad con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad.

79. El artículo 8.2 de la Convención establece el derecho a que se presuma la inocencia de toda persona acusada:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

80. Además, aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia cuando la detención previa al juicio es de duración no razonable. La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados.

¹¹ Véase Corte Europea de Derechos Humanos, *Stogmuller Case*, *supra* 5, párr. 1, pág. 30; *Neumeister Case*, *supra* 6, párr. 1, pág. 23; *Wemhoff Case*, decisión del 27 de junio de 1968, Series A. No. 7, párr. 1, pág. 14

D. PROTECCION DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCION O PRISION

1. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable y prisión preventiva (Artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Preguntas

¿Cuáles son los criterios para establecer si en un caso concreto se ha respetado el derecho del detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable? ¿Qué otros derechos se encuentran involucrados cuando se produce una prolongación irrazonable de la prisión preventiva? ¿Qué diferencias existen entre el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable del artículo 7.5 y el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, del artículo 8.1? ¿Es posible excluir la aplicación de estas garantías a un procesado en razón del delito del cual se encuentra acusado (véase caso Suárez Rosero)? ¿Considera usted que la decisión de la Corte en el caso Suárez Rosero resulta aplicable a los llamados "delitos excarcelables"?

Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículo 7 inciso 5

Toda persona detenida o retenida . . . 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 condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Caso 11.245 (Argentina)

(CIDH, Informe N° 12/96, Caso 11.245, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7, 28 de febrero de 1996)

A. RAZONABILIDAD DE LA DURACION DE LA PRISION PREVENTIVA

74. El artículo 7.5 de la Convención estipula que . . .

81. Otra consecuencia grave de una detención preventiva prolongada es que puede afectar el derecho a la defensa que garantiza el artículo 8.2.f de la Convención porque, en algunos casos, aumenta la dificultad del acusado para organizar su defensa. A medida que transcurre el tiempo, aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado para presentar pruebas y contra-argumentos. También disminuye la posibilidad de convocar testigos y se debilitan dichos contra-argumentos.

C. LA PRIVACION DE LIBERTAD PROLONGADA SIN CONDENA DEL SEÑOR GIMENEZ NO ES RAZONABLE

82. En el presente caso la Comisión analizará las razones en que se basan las autoridades judiciales argentinas para negar en forma repetida las solicitudes de excarcelación presentadas por el señor Giménez, para poder concluir de manera debida si son “pertinentes y suficientes” las justificaciones utilizadas para mantenerlo privado de libertad sin condena, y determinar si la detención es “razonable” de conformidad con el artículo 7.5 de la Convención.¹²

83. A estos efectos, la Comisión ha elaborado un análisis en dos partes para establecer si el encarcelamiento previo a la sentencia de un acusado contraviene el artículo 7.5 de la Convención. En primer lugar, las autoridades judiciales nacionales deben justificar la privación de libertad sin condena de un acusado utilizando criterios pertinentes y suficientes. En segundo lugar, si la Comisión llega a la conclusión de que los resultados de la investigación muestran que las razones utilizadas por las autoridades judiciales nacionales son debidamente “pertinentes y suficientes” como para justificar la continuación de la detención, debe proceder después a analizar si las autoridades procedieron con “diligencia especial” en la instrucción del proceso para que el período de detención no fuera excesivo.¹³ Los órganos de la Convención deben determinar si el tiempo transcurrido, por cualquier razón, antes de que se dicte sentencia al acusado, ha en algún momento sobrepasado un límite razonable de manera que el encarcelamiento se haya constituido en un sacrificio mayor, en las circunstancias del caso, que el que se podría esperar tratándose de una persona que se presume inocente.¹⁴ Por lo tanto, cuando la prolongación de la detención deja de ser razonable, bien sea porque las justificaciones para la detención no son “pertinentes o suficientes”, o cuando la duración del proceso judicial no es razonable, se debe otorgar la libertad provisoria.¹⁵

12 Véase, a este efecto la jurisprudencia europea en Clooth, párrafo 36, pág. 14. Además, la Corte Europea ha establecido, en lo que se refiere al artículo 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que la determinación de si la detención preventiva fue superior a un “plazo razonable” se debe basar en las razones para la detención expuestas por las autoridades judiciales nacionales y en los hechos incontestables presentados por el acusado que contradicen la opinión de las autoridades. Véase Stogmuller, párrafo 3, pág. 39. La Corte Europea afirma, en defensa de la necesidad de examinar las decisiones judiciales nacionales:

carecería de significado el examen del cumplimiento del artículo 5, párrafo (3) de la Convención, si se impidiera que la Corte evalúe libremente, basándose en los factores determinados por los tribunales nacionales y los hechos verdaderos mencionados por el peticionario en sus peticiones y apelaciones, si la prolongación de la detención ha sido razonable dentro del marco del significado que define el párrafo 3 del artículo 5.

13 A estos efectos, véase el fallo de la Corte Europea en Kenmache, párrafo 45, pág. 36.

14 Wemhoff, pág. 22

15 Véase, a estos efectos, la jurisprudencia de la Corte Europea, en Toth, párrafo 77, pág. 20; véase también B.v.

84. El objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa.

85. En el presente caso, los tribunales argentinos fundan su negativa para otorgar la excarcelación al señor Giménez en las características del hecho que se le atribuye, en su historia criminal y en la perspectiva de una pena severa. Estos criterios, según los juzgadores, les ha permitido estimar que de concederse la libertad provisional al señor Giménez, éste se sustraería a la acción de la justicia.

i. Pertinencia y suficiencia de los criterios

a. Peligro de fuga, gravedad del hecho y posible severidad de la sentencia

86. Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio.

87. Además, la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido. El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena.

88. La Comisión observa, por otra parte, que en tal circunstancia, el Estado puede perfectamente adoptar otro tipo de medidas cautelares para asegurar la comparecencia del inculcado, que no signifiquen mayor restricción de su libertad personal. Más aún, la Comisión estima que la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención.

Austria, párrafo 45, pág. 17.

89. En vista de que la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia, debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda llegar a convertirse en un riesgo significativo. Sin embargo, la privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social.

b. Riesgo de reincidencia

90. Otra razón utilizada por los tribunales internos para denegar la excarcelación es la historia criminal del señor Giménez. Este tipo de consideración se funda en una evaluación de la peligrosidad social del individuo, en la virtualidad de su conducta para poner en peligro bienes jurídicos de la víctima del delito o de la sociedad.

91. La Comisión considera que en la evaluación de la conducta futura del inculcado no pueden privilegiarse criterios que miren sólo al interés de la sociedad. Dado que el encarcelamiento previo constituye la privación de la libertad de un individuo que todavía se beneficia de la presunción de su inocencia, debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que dicha libertad pueda resultar en algún riesgo significativo.

92. El interés del individuo que ha delinquido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad también debe ser tomado en cuenta. Para tal efecto, deben sopesarse elementos tales como la conducta posterior del individuo frente a las consecuencias de su delito, el ánimo o celo reparatorio de los perjuicios ocasionados con el ilícito, el interés del inculcado en incorporar pautas de conducta socialmente aceptables, el entorno social y familiar de aquél y sus posibilidades de rehabilitación.

93. En virtud del transcurso del tiempo de detención los tribunales deben realizar un adecuado balance de aquellos criterios que miran al interés particular del individuo por sobre aquellos que miran al orden público general de la sociedad, a la hora de decidir sobre la excarcelación del inculcado. En el caso sub-examine, la Comisión considera que no se ha demostrado la existencia de hechos que indiquen que el tipo de delito imputado al señor Giménez alteró gravemente el orden público.

94. La Comisión concluye, por lo tanto, que los argumentos utilizados por los tribunales internos para mantener al señor Giménez encarcelado sin sentencia no son suficientes ni razonables.

c. Circunstancias personales

95. La decisión del 6 de octubre de 1989, que denegó la solicitud de excarcelación del señor Giménez, se fundamentó enteramente en el hecho de que el mismo tenía una historia criminal. Las condenas previas de diciembre de 1977, diciembre de 1978 y septiembre de 1980, suponían libertad condicional, que posteriormente fue revocada. En su decisión de 1989 negando la libertad condicional del señor Giménez, el juez se basó en dicha revocación como justificación para retener

al inculpado privado de su libertad en el caso de 1989, el cual no tiene relación alguna con los casos anteriores. La Comisión observa que la libertad condicional de sus dos condenas anteriores no podría, de ninguna manera, haberse extendido a 1989.

96. La presunción de inocencia, protegida por la Convención, es un principio que infiere una presunción a favor del individuo acusado de un delito, de forma que toda persona es considerada inocente hasta que la responsabilidad criminal sea establecida por los tribunales en un caso concreto.

97. La decisión de mantener la prisión preventiva del señor Giménez como resultado de sus condenas previas vulnera claramente este principio establecido, así como el concepto de la rehabilitación en el derecho penal. Fundar en estas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles.

98. Por tanto, la Comisión considera que el fundamento para mantener la prisión preventiva del señor Giménez era ilegítimo porque vulneró directamente el principio de presunción de inocencia protegido en la Convención. Los antecedentes criminales del señor Giménez no son un criterio suficiente para justificar la extensión de la prisión preventiva por un período de cinco años.

ii. Diligencia especial

99. Como se ha indicado anteriormente, cuando la Comisión opina que las razones ofrecidas por las autoridades judiciales nacionales son pertinentes y suficientes para justificar que se prolongue la detención, debe pasar a considerar si las autoridades han desplegado "diligencia especial" en la tramitación del proceso de manera que el plazo de detención no deje de ser razonable.¹⁶ En este caso, la Comisión opina que, además de ser insuficientes las razones aludidas para prolongar la detención del señor Alonso antes del juicio, las autoridades judiciales no procedieron con la diligencia especial que merece una persona que está encarcelada aguardando sentencia.

16 Véase, a estos efectos, el fallo de la Corte Europea en Kenmache, párrafo 45, pág. 36. En este sentido, la Corte Europea dictaminó en Wemhoff que:

En estas circunstancias, la Corte no pudo llegar a la conclusión de que había habido una violación de las obligaciones dispuestas en el artículo 5(3) a no ser que la duración de la detención provisional de Wemhoff...se hubiera debido a) a la lentitud de la investigación...b) al lapso transcurrido entre el cierre de la investigación y la presentación del sumario...o entre ese momento y la iniciación del juicio...o, finalmente, c) a la duración del juicio. No cabe duda de que, incluso cuando un acusado es detenido durante estos varios períodos de tiempo alegando motivos de interés público, se está infringiendo el artículo 5(3) si, por cualquier motivo, la tramitación del proceso continúa durante un lapso considerable.

100. La Comisión opina que, de conformidad con lo establecido en los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención, una persona acusada, que está detenida, tiene derecho a que las autoridades pertinentes le den prioridad a su caso y agilicen su tramitación sin impedir que el fiscal y la defensa desempeñen sus funciones con la atención debida.¹⁷

101. En los casos de duración inaceptable prima facie, corresponde al gobierno demandado presentar razones específicas como argumento para justificar la demora. La Comisión analizará las razones a fondo.

102. La Comisión pasa a considerar a continuación si las autoridades internas han conducido los procedimientos internos con una diligencia necesaria para no transformar la prisión previa a la sentencia en irrazonable. Para la Comisión, esta diligencia es exigida a los Estados en virtud de los preceptos de los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención, cuya lectura conjunta permite concluir que la persona acusada o detenida tiene derecho a que su caso sea decidido con prioridad y expedición por las autoridades nacionales.

103. Para determinar si las autoridades de investigación procedieron con la debida diligencia, se debe tomar en consideración la complejidad y el alcance del caso, además de la conducta del acusado.¹⁸ Sin embargo, el acusado que rehúsa cooperar con la investigación o que utiliza todos los recursos disponibles, se está limitando a ejercer su derecho legal. Por lo tanto, la demora en la tramitación del proceso no se puede atribuir al detenido, a no ser que se haya abusado del sistema en forma intencional con el propósito de demorar el procedimiento.¹⁹ La Comisión hace una distinción entre el uso por parte del peticionario de sus derechos procesales, la falta de cooperación en la investigación o el juicio, y la obstaculización deliberada.²⁰ El Gobierno no enunció comportamiento alguno del peticionario que fuera más allá de su dependencia y utilización de los derechos de procedimiento.

104. En cuanto a la complejidad de la causa, el Gobierno ha reconocido en su respuesta a la denuncia que “no ha habido en el trámite de la causa dificultades más allá de las ordinarias respecto de este tipo de procesos, habida cuenta del número de procesados”.

17 Véase, a estos efectos, la jurisprudencia de la Corte Europea, en Toth, párrafo 77, pág. 20; véase también B.v. Austria, párrafo 45, pág. 17.

18 Véase, a estos efectos, el fallo de la Corte Europea en Toth, párrafo 77, pág. 21.

19 A estos efectos, véase las conclusiones de la Comisión Europea en Wemhoff, párrafo 2, pág. 14; véase también Neumeister, párrafo 2, pág. 23.

20 En este sentido, la Corte Europea dictaminó, en Toth, que aunque el caso era complejo y el peticionario había presentado muchas apelaciones, la duración del proceso no se podía atribuir directamente a esos factores. Más bien, la tramitación se demoró seriamente por las normas procesales de los tribunales austríacos que en varias ocasiones resultaron en la suspensión de la investigación. La Corte Europea señaló que los procedimientos que demoraron la excarcelación del peticionario “difícilmente guardan relación con la importancia que se le otorga al derecho a la libertad” que garantiza la Convención Europea.

105. En relación a la conducta del acusado, la Comisión considera que no se han suministrado elementos suficientes que demuestren mala fe por parte de aquel o propósitos obstructivos. Se ha establecido que respecto de una solicitud de excarcelación, el inculpado recurrió por la vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema. La Comisión no encuentra razones para objetar esta conducta, porque el recurso aparece interpuesto de buena fe. Sin embargo, la circunstancia que el expediente original estuviera por más de 14 meses en poder de la Corte Suprema sin que el tribunal de la instancia pudiera avanzar la tramitación de la causa, constituye un acto dilatorio del procedimiento imputable a las autoridades, desde que en reemplazo del expediente original, pudieron remitirse compulsas o copias fotostáticas del mismo al alto tribunal, sin que se paralizase el procedimiento.

106. En la evaluación global de la diligencia empleada por los tribunales internos, la Comisión es partidaria del mismo enfoque expuesto por el Procurador Penitenciario argentino, en su recomendación No. 49/PP/93 de 17 de diciembre de 1993.²¹ La recomendación del Procurador Penitenciario absolvió una consulta efectuada por el peticionario con fecha 30 de noviembre de 1993. En su dictamen, el Procurador:

a) estimó excesivo e irrazonable el tiempo de detención preventiva del señor Giménez, a la luz del principio constitucional y de los compromisos internacionales de Argentina.

b) observó que el Ministerio Público no había representado esta anomalía, ni había dado cumplimiento a la instrucción de solicitar la excarcelación del señor Giménez.

c) consideró que la prolongación de la prisión preventiva, podía privar al señor Giménez, en caso de ser condenado, de los beneficios de la progresividad del régimen penitenciario.

d) puso en conocimiento del Ministerio de Justicia la anómala prolongación de la prisión preventiva del señor Giménez y recomendó al ministro de esa repartición que instruyera al agente fiscal respectivo que solicitara la excarcelación del señor Giménez.

107. Las instrucciones al Ministerio Público a que se refiere el dictamen son las contenidas en las resoluciones No. 56/92 y 406/92 del Ministerio de Justicia. Estas resoluciones instruyeron a los representantes del Ministerio Público Fiscal, a través del Procurador General de la Nación, para que estudiaran, caso por caso, las posibilidades de excarcelación de los detenidos que revistieran el carácter de procesados, y procuraran la aplicación real y concreta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 7.5 y 8.1), presentándose ante los respectivos tribunales y solicitando

²¹ La figura del Procurador Penitenciario fue creada en virtud del Decreto 1598/93 de 29 de julio de 1993. Se trata de un funcionario público encargado de velar por la protección de los derechos humanos de los internos comprendidos dentro del Régimen Penitenciario Federal.

la excarcelación y órdenes de libertad que pudieran corresponder, principalmente, por falta de razonabilidad en la duración de los procesos.²²

108. La Comisión concluye, entonces, que las autoridades nacionales no han actuado con la diligencia adecuada para evitar la prolongación del encarcelamiento del señor Giménez. La circunstancia que durante el curso de dicho proceso el acusado haya permanecido privado ininterrumpidamente de libertad constituye una violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, en los términos del artículo 7.5 de la Convención Americana.

....

E. VIOLACION DEL DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA: ARTICULO 8.2

113. La prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del principio de presunción de inocencia reconocido por el artículo 8.2 de la Convención Americana. Cabe precisar, sin embargo, que la existencia de un ambiente de creciente sospecha contra una persona en el curso del proceso criminal no es “per se” contraria al principio de presunción de inocencia. Tampoco lo es el hecho que esta sospecha creciente justifique la adopción de medidas cautelares, como la prisión preventiva, sobre la persona del sospechoso.

114. El artículo 8.2 obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de “establecer su culpabilidad”. El establecimiento de la culpabilidad implica la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o de término. Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin. En el caso presente, la privación de libertad prolongada sin condena del señor Giménez es una violación de su derecho de presunción de inocencia, garantizado por el artículo 8.2.

22 La Comisión cuenta con antecedentes de que el Ministerio de Justicia dio cumplimiento a la recomendación del Procurador Penitenciario, dirigiendo un oficio al Procurador General de la República para que se diera cumplimiento a las resoluciones 56 y 406.

2. ***Relación entre los artículos 7 inciso 5 y 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos***

**Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 8 inciso 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 . . .

Caso 11.245 (Argentina)

(CIDH, Informe N° 12/96, Caso 11.245, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1196, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7, 28 de febrero de 1996)

109. Los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana persiguen justamente el propósito que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes.

110. Aunque se inspiran en el mismo principio, ambas disposiciones no son idénticas en sus referencias a lo que constituye un plazo razonable. Un atraso que constituya violación de la disposición del artículo 7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1. La especificidad del artículo 7.5 radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. La posibilidad que el Estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan de libertad a los acusados. El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7 y el artículo 8 difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso. El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio.

111. El tiempo razonable para la duración del proceso, según el artículo 8, debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. A diferencia del derecho establecido en el artículo 7.5, las consideraciones envueltas en la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento son más flexibles, por la razón obvia de que en el caso del artículo 7.5 el encarcelamiento del procesado afecta su derecho a la libertad personal.

112. Dada la falta de complejidad del caso “sub judice” y la falta de diligencia de las autoridades judiciales para darle debido curso, la Comisión estima que la prolongación del proceso por más de cinco años, sin que se haya dictado sentencia de término, constituye una violación del derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro del plazo razonable, que establece el artículo 8.1.

Caso Suárez Rosero

(Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35)

93. La Comisión solicitó en su demanda que la Corte declare que el artículo sin numeración que está incluido después del artículo 114 del Código Penal ecuatoriano (en adelante *"artículo 114 bis"*) viola *"el derecho a la protección legal"* establecido en el artículo 2 de la Convención. De acuerdo con la Comisión, es obligación de los Estados organizar su aparato judicial para garantizar el *"libre y pleno ejercicio de los derechos ahí establecidos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción"*.

94. En su escrito de alegatos finales el Ecuador manifestó haber

iniciado los trámites pertinentes con el objeto de armonizar dicha ley con su Constitución Política, ya que esta es la Ley Suprema a la cual están supeditadas las demás normas y disposiciones de menor jerarquía.

95. El artículo 114 bis en estudio establece que

[l]as personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conozca el proceso.

De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas en libertad por el tribunal penal que conozca el proceso.

Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

El artículo 2 de la Convención determina que

[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 efectivos tales derechos y libertades.

97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella (*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC-14/94 de 16 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 36). Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.

98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpaos. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.

99. En conclusión, la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 bis citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención.

3. Condiciones de detención: garantías mínimas para la protección de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

Preguntas

¿Existen garantías mínimas sobre condiciones de detención consagradas en las normas constitucionales u otra legislación reglamentaria de su país? ¿Coincide usted con la decisión del caso Pelozo? ¿Considera usted que un juez en un caso similar podría arribar a la misma decisión fundándose en la Convención Americana? Si ello es así ¿en qué norma se basaría? ¿en la obligación de prevenir del artículo 1.1? ¿Se encuentra establecida en la legislación de su país un recurso efectivo que permita a los detenidos acceder a un tribunal para proteger sus derechos? Si ése no es el caso ¿cuál es la acción idónea en estos casos?

Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 5 incisos 4, 5 y 6

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.

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.

Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
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.

Observación General 21
*(Comité de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Civiles y Políticos,
1992, HRI/GEN/1/Rev.3)*

Artículo 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

4. El párrafo 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aplicable a todas las personas privadas de libertad en virtud de las leyes y autoridad del Estado e internadas en prisiones, hospitales -en particular hospitales psiquiátricos- campos de detención, instituciones correccionales o en otras partes. Los Estados Partes deben asegurarse que el principio en él estipulado se observe en todas las instituciones y establecimientos bajo su jurisdicción en donde las personas están internadas.
5. El párrafo 1 del artículo 10 impone a los Estados Partes una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de la libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión.
6. Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

....
7. El Comité recuerda además que conviene que en los informes se señale si el conjunto de disposiciones aplicables forman parte de la enseñanza y la formación de los funcionarios encargados de las personas privadas de libertad, y si dichos funcionarios, en el desempeño de sus funciones, observan estrictamente esas disposiciones. Asimismo convendría precisar si las personas detenidas o encarceladas tienen acceso a esa información y disponen de recursos jurídicos eficaces que les permitan hacer respetar esas reglas, denunciar su incumplimiento y obtener compensación adecuada en caso de violación.
8. El Comité recuerda que el principio enunciado en el párrafo 1 del artículo 10 es el fundamento de obligaciones más estrictas y más precisas de los Estados Partes en el ámbito de la justicia penal, previstas en los párrafos 2 y 3 del artículo 10.

9. En el apartado a) del párrafo 2 del artículo 10 del Pacto se estipula que los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales. Dicha separación es necesaria para recalcar su condición de personas no condenadas; que están también protegidas por la presunción de inocencia establecida en el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto
10. En lo referente al párrafo 3 del artículo 10, relativo a los condenados, el Comité desea recibir informaciones detalladas sobre el funcionamiento del régimen penitenciario del Estado Parte. Ningún sistema penitenciario debe estar orientado solamente al castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso

**Caso Pelozo, Elsa y otro c/ Servicio Penitenciario Federal
y otros s/Daños y Perjuicios**
*(Sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia
en lo Civil y Comercial Federal N° 3, 4 de abril de 1997- Argentina)*

Considerando:

1) Doña ELSA PELOZO, mediante apoderada y letrado, inicia demanda de daños y perjuicios contra el ESTADO NACIONAL (Ministerio de Justicia - Servicio Penitenciario Federal) y contra Don LEONARDO RUBEN GONZALEZ, Don JORGE GASPAR TORRE y Don ALBERTO OSCAR MELI, los que estima en suma de . . . y/o lo que surja de la prueba a producirse, con más los intereses, depreciación monetaria y costas. Expone que el día 10 de mayo de 1993 su hijo SERGIO GUSTAVO CABRERA, cuando era trasladado en un móvil del Servicio Penitenciario Federal desde la Alcaldía del Palacio de Justicia hasta la Unidad Penitenciaria No.2, se ahorcó provocándose la muerte por asfixia con su propio cinturón.

Señala que el occiso se encontraba procesado por el delito de violación y que la unidad de transporte estaba a cargo del ayudante de 3a. Leonardo R. González, el ayudante de 5a. Jorge G. Torre y el subayudante Alberto Oscar Meli. Agrega que los mencionados funcionarios debían requisar a los detenidos al ingresar al móvil de manera exhaustiva, inspeccionando sus ropas y efectos personales, en especial cinturón y cordones del calzado, por ser aquellos objetos que sirven para provocar lesiones. Destaca que las disposiciones carcelarias establecen que el Servicio Penitenciario Federal debe acentuar el rigorismo en ese aspecto, cuando se trata de internos que son llevados desde los tribunales a las unidades de detención.

Menciona que el causante fue ubicado en una celda individual y que el cuerpo fue hallado por el Sr. González, cuando llegaron con el vehículo a destino; describe el lugar donde se encontraban los celadores durante el trayecto y aclara que el ayudante Torre y el subayudante Melli viajaban en la parte trasera del móvil, a tres metros del lugar en que Sergio Gustavo Cabrera se mató. Transcribe parcialmente la causa penal, explayándose sobre los distintos aspectos de la responsabilidad que atribuye a los demandados. Formula algunas consideraciones sobre su hijo y reclama daño patrimonial (gastos funerarios y “valor vida”) y daño moral. Funda su derecho en los artículos del Código Civil que menciona, la ley 20.416, jurisprudencia y doctrina aplicables, haciendo reserva del caso federal. A fs. 59 comparece el padre del fallecido Don TEODORO CABRERA, quien se adhiere a la demanda como coactor.

2) A fs. 49/52 contesta la pretensión el ESTADO NACIONAL (Ministerio de Justicia de la Nación - Servicio Penitenciario Federal) y solicita su rechazo, con expresa imposición de costas. Niega, en principio, todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda, especialmente que los agentes penitenciarios que participaron en el traslado del interno SERGIO GUSTAVO CABRERA no efectuaran la requisa a los detenidos de manera reglamentaria o que ésta se hiciera en forma superficial, que pueda imputarse a la Institución demandada la muerte del causante y que fuera aplicable las normas que regulan el Servicio Penitenciario Bonaerense.

3) A fs. 89/91 contesta la demanda Don ALBERTO OSCAR MELI, con patrocinio letrado, quien también pide su rechazo con expresa imposición de costas. Niega en principio todos y cada uno de los hechos invocados en la demanda y la documentación acompañada, remitiéndose a los que surgen de lo actuado en sede administrativa y penal. Especialmente niega haber incumplido normas penitenciarias, o que hiciera de forma superficial la requisa de los detenidos y que se aplique la jurisprudencia enunciada en el inicio. Señala que las obligaciones de los celadores son de “medios” y que resultan de aplicación los arts. 1111 y 1113 del Código Civil y la ley 20.416, agregando que como el occiso causó su propia muerte lo exime de responsabilidad. Impugna, a su vez, la procedencia y los montos reclamados, ofrece prueba y plantea el caso federal.

....

5) En atención a la reseña descripta, admisión y actitud asumida por las partes (art. 356 inc.1 del CPCC) y probanzas adquiridas que se individualizarán, debe tenerse por acreditado que el día 10 de mayo de 1993 el interno don Sergio Gustavo Cabrera se ahorcó con un cinturón de su pertenencia, lo cual provocó su muerte por asfixia por compresión mecánica de cuello . . . ; el hecho descripto ocurrió dentro del Móvil 205 del Servicio Penitenciario Federal, cuando era trasladado desde la Alcaldía del Palacio de Justicia hasta la Unidad Penitenciaria N° 2. El nombrado se encontraba procesado por el delito de violación, acción penal que se declaró extinguida el 7/VI/1993 ante la muerte del imputado

También debe tenerse por acreditado que el personal asignado al transporte, estaba conformado por el ayudante de 3a. Leonardo Rubén González . . . , ayudante de 5a. Jorge Gaspar Torre . . . , subayudante Alberto Oscar Melli . . . y subayudante Andrés Marcelo Coronel El hecho fue

investigado en sede penal conforme surge del contenido de la causa "Cabrera, Sergio Gustavo s/ su suicidio" . . . , que tramitara ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción No. 26 (Secretaría No. 134), que se tiene a la vista; en dicho proceso y mediante resolución judicial del 9/XI/1993, se ordenó su archivo con fundamento en el art.195 del Código Procesal Penal

Por otra parte, se instruyó en el Servicio Penitenciario Federal (Dirección de Seguridad y Traslados), la información sumaria caratulada "Suicidio del detenido Cabrera, Sergio" . . . , que se encuentra reservado en Secretaría y también se tiene a la vista; en dichas actuaciones y con fecha 20 de Agosto de 1993, se tuvo en cuenta el dictamen 301/93 en el que se resolvió aprobar lo realizado por los efectivos del Servicio Penitenciario en el traslado de la víctima, sin que se adoptara ninguna sanción disciplinaria. Para llegar a tal conclusión, se sostuvo que tanto la custodia cuanto el resto de la comisión se ajustó a las normas operativas en vigencia

6) En torno al desarrollo del suceso dañoso y en el cual reposa la pretensión indemnizatoria aquí deducida, ha de adelantarse que los integrantes de la comisión encargada del transporte de los internos del Servicio Penitenciario Nacional efectuaron de forma irregular los deberes de vigilancia a su cargo. Lo actuado en sede judicial muestra claramente que a Cabrera no se le detectó el cinturón cuando fue requisado, tarea que además se practicó en forma superficial . . . Precisamente, los internos que declararon en aquella causa corroboran lo antedicho . . . y denotan que los agentes penitenciarios actuaron con ligereza, sin tomar las precauciones que les exigía la Resolución de la Subsecretaría de Justicia No. 42/91.

Por otra parte, surge que el deber de custodia que tenían los celadores durante el traslado no se hizo con la solicitud debida (ver declaraciones de los internos que viajaban en el vehículo el día del hecho . . .) pues refieren que se oyó a una persona toser como asfixiándose y hasta un pedido de ayuda . . . , de modo que los custodios que viajaban en la parte trasera debieron tomar las medidas del caso para evitar la decisión que tomó Cabrera. Es que, tal como lo prevé el art. 18 de la Constitución Nacional, los institutos carcelarios tienen como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos; y ello le impone al Estado, a través de los servicios penitenciarios, la obligación y responsabilidad de darles adecuada custodia y seguridad, que se traduce en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral (conf. C.S.J.N., La Ley 1996-C-584; CNCCFed., Sala III, causa 7740 del 30/VIII/91).

En definitiva y ante lo evaluado, ha de enfatizarse que las responsabilidades del Estado en el subexamen deviene inexcusable porque no puede negarse que hubo una falta en el servicio y ella se configuró al no cumplir debidamente los deberes y obligaciones que le imponían igualmente a su personal dependiente la Constitución Nacional y que, en parte, recepta la ley 20.416 en su art. 5 (a) y el art. 50 del decreto No. 1.787. Tal responsabilidad, conforme lo juzgara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, emana de los arts. 1109 y 1112 del Código Civil (Fallos: 306:2030) y, por ende, les corresponde resarcir el daño causado. Y cabe reflexionar que no es dable eximir de aquella responsabilidad a los demandados sobre la base de lo dispuesto por el art. 1111 del Código citado, pues la gravedad del desenlace que tomó el interno ante las circunstancias que estaba viviendo se vio exclusivamente facilitado por la omisión de los guardias, lo cual forma óbice para acoger dicho argumento.

**Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas
Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión,**
(A.G. res. 43/173, anexo, 43 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 298, ONU, Doc. A/43/49 (1988))

Principio 19

Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho.

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, ONU Doc. A/CONF/611, annex I, E.S.C. res. 663C, 24 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) p. 11, ONU Doc. E/3048 (1957), amended E.S.C. res. 2076, 62 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) p. 35, ONU Doc. E/5988 (1977))

Contacto con el mundo exterior

Regla 37

Los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas.

Regla 92

Un acusado deberá poder informar inmediatamente a su familia de su detención y se le concederán todas las facilidades razonables para comunicarse con ésta y sus amigos y para recibir la visita de estas personas, con la única reserva de las restricciones y de la vigilancia necesarias en interés de la administración de justicia, de la seguridad y del buen orden del establecimiento.

Caso Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus
(Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 19 de octubre de 1995 - Argentina)

Considerando:

1° Que el señor Joao Gustavo Gastón Dessy interpuso hábeas corpus por considerar que el Servicio Penitenciario Federal -prisión regional del norte, Unidad 7- había agravado ilegalmente sus

condiciones de detención (art. 3º, inc. 2º, ley 23.098) al violar su correspondencia y afectar sus derechos a la intimidad, privacidad y a una pena con fin resocializador. En tal sentido señaló como fundamento de su presentación . . . que el personal penitenciario le había rechazado una pieza de correspondencia que pretendía enviar, luego . . . precisó que le son devueltas las piezas cerradas que entrega, y este fundamento de demanda es ratificado en la audiencia . . ., en la que también expresó que, si bien las cartas que recibe son abiertas en su presencia, en una oportunidad ello no habría ocurrido, pero esta cuestión quedó aclarada en la misma audiencia. Sostiene que la obligación de entregar abiertas las cartas que se propone despachar, para permitir a las autoridades del penal ejercer la censura de su contenido contraviene la Ley Penitenciaria Nacional que sólo prescribe la supervisión de las cartas recibidas pero no las remitidas (arts. 91 y 92), viola los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese orden de ideas expresó que el tipo de cartas que emite “tiene características absolutamente personales y afectivas, que esa circunstancia vuelve particularmente violento el hecho de que sus intimidades sea compartidas por el agente . . . que a la sazón se encarga de la censura”; que “es menester obtener un criterio racional, en tal sentido, la censura indiscriminada no responde a la finalidad aducida”; que “el derecho a la intimidad únicamente puede cesar relativamente si es que existe una fundada razón para creer que el interno con su correspondencia puede poner en riesgo la seguridad del penal, de lo contrario, se trataría de una medida reglamentarista excesiva que sin razón alguna viola el art. 18”; “que el estímulo previsto en el art. 91 de la Ley Penitenciaria Nacional en relación a las relaciones sociales, de las cuales la correspondencia es la más importante, cumple tal vez la función resocializadora de mayor trascendencia, adecuando el tratamiento a los objetivos del artículo 18”; que “la Convención Americana de Derechos Humanos . . . explícitamente establece que en la ejecución de las penas no se puede adoptar por vía de hecho ni jurídica ninguna conducta que implique menoscabar la dignidad de la persona”; que el resguardo de la seguridad del penal “puede lograrse utilizando el mismo procedimiento que según la autoridad administrativa describió en esta audiencia para recepción de la correspondencia. Es decir, así como se abren en presencia del interno las cartas que recibe, con el objeto de verificar que no contengan elementos peligrosos, bien puede cerrarse el sobre en presencia del interno de las cartas emitidas con la misma finalidad”

. . . .

5º Que, reseñadas las circunstancias fácticas de la causa, corresponde en primer término examinar las normas específicas en la materia a fin de corregirlas entre sí y con el régimen penal penitenciario, como así también con el resto del ordenamiento jurídico.

La Ley Penitenciaria Nacional, en lo que al caso interesa establece:

Art. 91: “No podrá privarse al interno del derecho a comunicarse en forma periódica con su familia, curadores, allegados o amigos, así como con personas y representantes de organismos e instituciones oficiales o privadas que se interesen por su rehabilitación”.

Art. 92: "Las visitas y la correspondencia que reciba el interno se ajustarán a las condiciones de oportunidad, supervisión y censura que determinen los reglamentos, los cuales bajo ningún concepto podrán desvirtuar lo establecido en el artículo anterior. Sólo podrán ser restringidas transitoriamente por motivos disciplinarios o razones inherente a su tratamiento".

6° Que la primera fuente de inteligencia de la ley es su letra, pero además la misión judicial no se agota con ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de las normas, todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional . . . Para tal tarea, esta Corte tiene dicho que la exposición de motivos de las normas constituye un valioso criterio interpretativo acerca de la intención de sus autores

7° Que, por ello, cabe consignar algunas expresiones de la exposición de motivos de la Ley Penitenciaria Nacional y de la fuente normativa que ésta tomó en consideración, es decir, "el conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de reclusos" . . . el que sugirió que la Asamblea General de las Naciones Unidas recomienda a los gobiernos el estudio de las disposiciones con ánimo favorable, contemplando la posibilidad de adoptarlas y aplicarlas en la administración de las instituciones penitenciarias.

Así, en la exposición de motivos de la ley mencionada se aclara que las normas que tratan sobre la comunicación del interno con el mundo exterior, "además de dar imperatividad al principio que sustentan, de comunicabilidad del recluso con las personas de su familia y allegados, de vieja data en todo el mundo, asimila este capítulo a la tendencia actual en la materia, en cuanto exhibe como idea fundamentadora que la institución penitenciaria no debe aislarse del medio social, debiendo favorecerse la comunicación del recluso con el exterior en toda forma compatible con el régimen, hasta el límite que pueda hacérselo sin violentar las normas jurídico-penales que condicionan el régimen de cumplimiento de la pena"

Por su parte, la segunda disposición citada - "Conjunto de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos ..." - refiere que "se autorizará a todo acusado para que se procure, a sus expensas o las de un tercero, libros, periódicos, recado de escribir, así como otros medios de ocupación, dentro de los límites compatibles con el interés de la administración de justicia, la seguridad y el buen orden del establecimiento" (art. 90).

8° Que la reglamentación que ha dado lugar al acto de autoridad nacional cuestionado como lesivo a tales postulados . . . establece que "La correspondencia epistolar y telegráfica será objeto de supervisión y censura. Para esto último deberán tenerse en consideración aquellos aspectos que por su naturaleza puedan aparecer, incidir o convertirse en factores negativos, desde el punto de vista que sustentan los principios en que se basa el concepto de readaptación social" (art. 3°; "Si a juicio de la Dirección del Establecimiento resultara inconveniente dar curso -por su contenido- a una carta, se procederá a efectuar la devolución de la misma al remitente, informándole sobre las causales motivadoras" (art. 4°); "No se autorizará la entrada o salida de correspondencia en la que se empleen signos o palabras convencionales, se utilice lenguaje obsceno, se hagan alusiones o emitan juicios

con respecto al régimen interno o al personal del Servicio Penitenciario Federal, o que se refieran a asuntos que por su naturaleza escapen a los términos rigurosamente personales o de familia” (art. 5°); “Cuando de la correspondencia surjan indicios que hagan presumir la comisión de un delito o la persistencia en actividades delictivas, se iniciarán actuaciones comunicando a la autoridad policial o judicial que correspondiere, acorde con las características de tales indicios” (art. 13).

Cabe agregar que dicho reglamento fue modificado un día después de la presentación de este hábeas corpus . . . en cuyo título II, capítulo I, establece el régimen de las correspondencias -arts. 64 a 80- que es similar al anterior.

9° Que las normas reglamentarias citadas han impuesto, a través de un texto ambiguo (especialmente los arts. 3 y 4 del reglamento), una restricción al secreto epistolar, absoluta y permanente. No se distinguen oportunidades ni situaciones, condiciones ni causas, remitentes ni destinatarios. Toda carta de todo preso, en todo momento, y dirigida a cualquier persona, está sometida al régimen aludido, a pesar de que el art. 92 de la ley penitenciaria sólo establece la supervisión de la correspondencia que ellos reciben.

Respecto de los papeles privados y la correspondencia, el art. 18 de la Constitución Nacional expresa que “una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”. La Ley Penitenciaria Nacional, cuyos autores no han dejado de tener en cuenta -no cabe la presunción contraria- la particular situación en que se encuentran los presos y la necesidad de preservar la seguridad, no prevé la censura de la correspondencia que ellos envían, por lo que las disposiciones del reglamento que lo autorizan, representan una extralimitación de la facultad reglamentaria prevista en el art. 99, inc. 2° de la Constitución Nacional, autorizando, sin fundamento legal, un indiscriminado y permanente allanamiento de los derechos constitucionales a la inviolabilidad de la correspondencia y a la privacidad, amparados, respectivamente por los arts. 18 y 19 de nuestra Carta Magna.

Sin perjuicio del vicio de inconstitucionalidad señalado, cabe agregar que carecen de racionalidad las circunstancias previstas en el art. 5° de dicho reglamento para fundar la negativa al envío de la correspondencia del interno. Por ejemplo, en cuanto a la referencia al “lenguaje obsceno” , no se advierte cuál sería el interés legítimamente del Estado para intervenir la correspondencia privada del recluso a efectos de asegurarse que ésta guarde un lenguaje decoroso. La prohibición que las misivas “hagan alusiones o emitan juicios con respecto al régimen interno o al personal del Servicio Penitenciario Federal” no sólo carece de vinculación razonable con los objetivos de seguridad y resocialización previstos en la ley penitenciaria, sino que además cercena un medio idóneo -tal vez el único- con el que cuentan los reclusos para hacer llegar al mundo exterior denuncias o reflexiones sobre el mundo carcelario, y aun, reclamar ayuda ante abusos de la autoridad. La exigencia de que las cartas de los reclusos sólo aludan a asuntos estrictamente particulares o de familia se funda en una concepción alienante, que niega al preso la facultad de expresarse sobre temas sociales y políticos.

10° Que el propósito de readaptación social del penado, que debe estar en la base del tratamiento carcelario y es expresamente predicado en el art. 1° de la Ley Penitenciaria Nacional se ve controvertido por disposiciones y actos de autoridad como los que han dado lugar a esta causa, ya que censurar y obstaculizar la comunicación del recluso con el exterior es un modo de distanciarlo del medio social al que deberá reintegrarse tras el cumplimiento de la pena.

. . . .

La contradicción entre el objetivo de readaptación social sostenido en la Ley Penitenciaria Argentina y la censura de la correspondencia induce a recordar que no le está permitido al legislador obrar de modo que redunde en destrucción de lo mismo que ha querido amparar y sostener

11° Que la seguridad de una prisión y la finalidad de impedir que desde su interior sean conducidas actividades delictivas o planes de fuga, configuran propósitos incuestionables del Estado. Pero esto no justifica la censura de la correspondencia de los internos, ya que éstos pueden mantener , mediante el régimen de visitas, conversaciones privadas y “visitas íntimas periódicas” (art. 497, cód. procesal penal de la Nación). Todo ello sin perjuicio de admitir que, en el caso particular en que hubiese razones fundadas para temer que, a través de la correspondencia que emite, el penado pudiese favorecer la comisión de actos ilícitos, las autoridades penitenciarias requieran en sede judicial la intervención de dicha correspondencia

12° Que de tales consideraciones se verifica en autos un supuesto en que la reglamentación en que se funda los cuestionados actos de la autoridad carcelaria ha violado la ley y esa circunstancia la ha puesto en contradicción con las normas constitucionales citadas, pues aquélla ha ido más allá de los límites trazados por la política legislativa y las características de la materia . . . quebrantando las garantías constitucionales enunciadas, lo que obliga a esta Corte a su declaración de inconstitucionalidad (arts. 18, 19, 28, 31 y 99, inc. 2°, Constitución Nacional)

4. *Mecanismos de protección para amparar a los detenidos o presos de posibles violaciones a sus derechos*

Ley de Hábeas Corpus N° 23.098, Argentina
(Sancionada el 28 de setiembre de 1984, promulgada el 19 de diciembre de 1984. (B.O., 25 de diciembre de 1984)).

CAPITULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES.

. . . .

Artículo 3.- Procedencia.

Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique:

. . . .

2. Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad -Guatemala-
(Decreto 1-86 de 8 de enero de 1986)

Artículo 82
Derecho a la exhibición personal

Quien se encuentre ilegalmente preso, detenido o cohibido de cualquier otro modo en el goce de su libertad individual, amenazado de la pérdida de ella, o sufre vejámenes, aún cuando su prisión o detención fuere fundada en ley, tiene derecho a pedir su inmediata exhibición ante los tribunales de justicia, ya sea con el fin de que se le restituya o garantice su libertad, se hagan cesar los vejámenes o termine la coacción a que estuviere sujeto.

* * * * *

Página en blanco a propósito

CAPITULO TRES

ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO

Página en blanco a propósito

A. ALCANCE DE LA PROTECCION ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 8 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

- 1. *Garantías judiciales aplicables en procesos judiciales de orden penal, civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter (artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)***

Preguntas

¿Cuál es la diferencia entre la protección ofrecida por el artículo 8.1 de la Convención Americana y el artículo 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos? ¿Considera usted que es posible equiparar ciertos procedimientos de carácter administrativo a procedimientos de naturaleza penal en razón de la pena aplicable? En su caso ¿resultan aplicables las garantías del debido proceso penal previstas en el artículo 8? A los efectos del análisis, véase la sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad de la “Ley de Vagos y Maleantes” y los casos Engels y Otros y Ozturk. ¿Qué entiende usted por “derechos y obligaciones ... de otro carácter”? ¿Cuáles son las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 8.1?

Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículo 8 inciso 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.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos Artículo 14 inciso 1

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.

Acción de Inconstitucionalidad contra la "Ley de Vagos y Maleantes"
(Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 14 de octubre de 1997- Venezuela)

Estima este Alto Tribunal conveniente referirse a la naturaleza de las medidas de seguridad establecidas en la Ley sobre Vagos y Maleantes, en su artículo 4°. En el mismo, se dispone lo siguiente:

"Para corregir o poner a recaudo los vagos y maleantes a que se contrae la presente Ley, las autoridades competentes dictarán y aplicarán en la forma establecida en los artículos siguientes, las medidas que a continuación se expresan:

- a) Amonestación, con la obtención de la promesa, por parte del amonestado, de corregirse y dedicarse al trabajo.
- b) Envío bajo custodia, en los casos que lo requieran, a la ciudad o pueblo de origen, con previo aviso a la autoridad respectiva para su vigilancia.
- c) Internación en una casa de educación y trabajo.
- d) Obligación o prohibición de residir por tiempo conveniente en un lugar o parte determinado del territorio del Estado, Distrito Federal o Territorio Federal en donde se hubiere tramitado el procedimiento.
- e) Internación en una Colonia Agrícola correccional, fija o movable.
- f) Internación en una Colonia de Trabajo, fija o movable.
- g) Sumisión a la vigilancia de la autoridad. La vigilancia tendrá carácter tutelar y de protección y será ejercida por las autoridades designadas al efecto. Esta medida podrá ser reemplazada por caución de conducta, pero no podrán ser fiadores sus ascendientes, descendientes y el cónyuge.
- h) Confinamiento. Esta medida consiste en la obligación de residir, por un tiempo que no excederá de tres años, en lugar determinado, bajo vigilancia de la autoridad que indique el Ministro de Justicia, y podrá aplicarse como accesoria de las medidas previstas en las letras c), e) y f) de este artículo, después de cumplidas éstas.

(...)"

Esta Suprema Corte observa que las medidas de seguridad establecidas en los literales c), e) y f), son situaciones privativas de la libertad, aun cuando técnicamente no son penas. El resto de las medidas, excluyendo la de amonestación y la de sumisión a la vigilancia de la autoridad (art. 4° literal 9) de la Ley, conforma violaciones a la libertad de tránsito del "vago o maleante", utilizando la peyorativa denominación que le da la Ley.

Ahora bien, estima esta Corte que, tal cual -como se ha dicho- esas medidas de seguridad no pueden considerarse penas como tales, pues, por un lado, no son aplicadas por Tribunales penales, y por el otro, no constituyen formalmente un castigo por la comisión de delitos o faltas. Su contenido es materialmente sancionatorio. En efecto, por más que pretenda señalarse el carácter preventivo de las medidas de seguridad, mientras las penas y demás sanciones son represivas, no cabe duda que - particularmente en el caso de las medidas previstas en los literales c), e) y f) del artículo 4º-, la aplicación de aquellas se presenta para el sujeto con efectos semejantes a los de las penas y demás sanciones.

De igual forma, el sujeto ve disminuida su libertad, no sólo cuando es relegado a determinada colonia de trabajo sino también cuando es recluso en un establecimiento penitenciario, aun en el supuesto de que se trate de un caso en que existe prevención, y en otro represión.

A la luz de tales consideraciones, puede enfrentarse de plano, o sea directamente, el problema de la impugnación de la inconstitucionalidad total de la "Ley sobre Vagos y Maleantes".

En primer lugar, esta suprema instancia, al analizar los argumentos esgrimidos por la parte impugnante, pasa a referirse a ciertas disposiciones de la "Ley sobre Vagos y Maleantes", las cuales, en sí mismas, son inconstitucionales, independientemente de su aplicación, y del contexto en que se encuentran.

Dicha normativa es la siguiente:

1.- Artículo 3º, literal g).

"Se consideran maleantes:

g) Los condenados dos o más veces por delitos contra la propiedad".

Así, en el literal g), antes reproducido, se cataloga como maleante a quien haya sido condenado dos o más veces por delitos contra la propiedad. Como hipótesis de trabajo, podría ocurrir que un sujeto, después de haber cumplido la pena correspondiente a tales delitos, fuera objeto de determinada medida de seguridad, la cual, como ya se señaló, es de contenido sancionatorio. Ello, a juicio de la Corte, resulta incompatible con lo dispuesto en el ordinal 8º del artículo 60 de la Constitución, en cuyo texto se establece:

"ARTICULO 60.- La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia:

8º Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente".

La contrariedad con el ordinal 8º del artículo 60, deriva del hecho por el cual, entre las medidas de seguridad aplicables a quien haya sido condenado dos o más veces por delitos contra la propiedad, se encuentran aquellas que son privativas de la libertad. Podría ocurrir, y de hecho ocurre, que quien hubiese ya cumplido las condenas correspondientes a los delitos perpetrados, fuere luego objeto de

medida de seguridad que le privase nuevamente de su libertad, con lo cual se vería burlada la mencionada disposición contenida en el ordinal 8° del artículo 60 del vigente estatuto constitucional venezolano. Así se incurre en flagrante violación del principio penal “Nullum Crimen Sine Lege” y también se sanciona por antecedentes, vulnerando el axioma universal de “Non bis in idem”.

Conviene observar que el “non bis [in] idem” se refiere a un nuevo juicio, no a penas por el mismo hecho, aunque estrictamente hablando, es consecuencia de aquello.

2- En ese orden de ideas la Ley “in comento” establece en el artículo 3, numerales g) y h) que los condenados dos o más veces por delitos contra la propiedad, serán catalogados como maleantes y por tanto sujetos a las medidas de seguridad estatuidas. El problema radica en que no han sido procesados.

De la misma manera, de aplicarse medida de seguridad en el supuesto examinado, resultaría vulnerado lo dispuesto en el ordinal 8° eiusdem, pues se volvería a condenar -aun cuando no judicialmente- a un sujeto ya castigado, por los mismos hechos, por los cuales le fue aplicada dicha condena. El mecanismo por el cual el procedimiento para la aplicación de la medida de seguridad no sea formalmente un juicio no deja de ser óbice para considerar que, en realidad se está aplicando nuevamente determinada medida de contenido sancionatorio a quien ya cumplió su condena, lo cual es a todas luces inconstitucional. Así se declara.

3- También es criterio de la Corte que resultan incongruentes con la Constitución las medidas de seguridad establecidas en los literales c), e) y f) del artículo 4° de la ley. En realidad, las mismas son repugnantes a lo establecido en el ordinal 2° del artículo 60 de nuestra Carta Magna, el cual dispone:

“Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta”.

Dicho dispositivo consagra el principio de la legalidad. En efecto, estima esta Corte, que en general, sólo los Tribunales Penales o los órganos de instrucción dentro del procedimiento penal, pueden aplicar medidas privativas de libertad. En otras palabras, puede arrebatarle de la libertad a un sujeto, solamente en orden a la aplicación de una pena, al ser procesado penalmente; o como ejecución de dicha pena, previa sentencia firme de los Tribunales penales. No obstante debe hacerse la salvedad, según la cual la libertad de un sujeto no se pierde solamente en orden a la aplicación de una pena, ya que en el caso de detención preventiva justificada legalmente, la misma no supone procesalmente hablando, aplicación de pena.

En este supuesto, la Ley impugnada viola el principio de la legalidad conocido como **nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta**. Podría argumentarse que las figuras o categorías existentes fueron establecidas a través de esta Ley, pero a ello debe redargüirse, que, a los efectos de conformar el principio de legalidad, se exige además el principio esencial de ley cierta, concreta o determinada. Sobre todo se reafirma por la Corte que el problema de la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes deviene fundamentalmente de conductas sancionables desde el punto de vista administrativo y no judicial.

4- De otra parte, al lado del principio de legalidad, también se vulneran los aspectos normativos que deben garantizar su existencia y que no están contenidos en su texto. Así la ley penal deberá aplicarla un juez y en el caso analizado conforme al Capítulo II, la aplican autoridades administrativas.

5- En fin, el principio de culpabilidad, cuando, con motivo de ejecutar determinado hecho jurídicamente indiferente, se deriva un resultado por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos, órdenes o resoluciones de la autoridad . . . , no encuentra su base en la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes por encontrarse seriamente cuestionado dicho principio, ya que en razón de la indeterminación de las categorías, no es prácticamente posible deducir quién es culpable jurídicamente.

6- La Ley sobre Vagos y Maleantes está supuestamente dirigida a castigar, no al acto punible sino a la persona. No a su conducta sino a lo que es, de manera que esta característica de la Ley autoriza la persecución de personas, sin consideración a que se cometan o no acciones prohibidas. Se violan así el derecho a la libertad y a la seguridad personales consagradas en los artículos 60, ordinales 2° y 1° de la Constitución de la República.

7- En tal sentido, debe concluirse, según criterio de esta Corte, que las situaciones, antes aludidas, son repugnantes a la Constitución, pues las mismas comportan privación de libertad respecto a un sujeto, sobre la base de supuestos que no están tipificados como delitos o faltas. Sin embargo, la restricción o privación de libertad “como consecuencia de sanción penal” no parece caber en el campo de la inconstitucionalidad, toda vez que la sanción penal deriva de una sentencia condenatoria, o -por extensión- de un decreto de detención dictados en el marco legal del proceso penal. En definitiva, se trata de violación de la libertad, como consecuencia de sanción penal. Para este Alto Tribunal son especialmente graves tales medidas, pues su límite máximo es de cinco (5) años según establece el artículo 5° de la ley comentada e impugnada.

Ha querido el constituyente nacional garantizar que la privación de un derecho tan sagrado, como la libertad personal, se tipifique únicamente dentro de proceso judicial, y nunca con motivo de procedimientos de carácter administrativo, como lo son los contemplados en la “Ley sobre Vagos y Maleantes”, en orden a la aplicación de las medidas de seguridad en ella previstas. Así se declara.

8- Opina esta Corte Suprema que también son inconstitucionales, dos disposiciones contenidas en el artículo 14 de la ley, impugnada, las cuales son del tenor siguiente:

“Las medidas disciplinarias que para la conservación y resguardo del orden se establezcan en los Reglamentos de las Casas de Corrección y Trabajo, en las Colonias Agrícolas Correccionales y en las Colonias de Trabajo, consistirán en amonestaciones, rebajas moderadas en los salarios durante cierto tiempo, no mayor de un mes; **aislamiento, fuera de las horas de trabajo, que no exceda de ocho días, privación de diversiones permitidas; y para casos graves, arresto hasta de quince (15) días**”. (Subrayado de la Corte).

La medida disciplinaria de aislamiento es claramente contraria al ordinal 3° del artículo 60 de la Constitución, el cual dice así:

“Nadie podrá ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral”.

En cuanto al arresto, éste, por implicar privación de libertad impuesta por un órgano no judicial, es de plano inconstitucional, e incongruente con lo dispuesto en el ordinal 2° del artículo 60 del Texto Fundamental, según lo expresado anteriormente. Al efecto, existen muchos precedentes.

9- Conceptúa esta Corte que es violatorio de la Constitución el penúltimo apartado del artículo 23 de la ley atacada de nulidad. En dicha disposición se estipula que contra la decisión del Ministro de Justicia, llamada a poner fin al procedimiento de aplicación de medidas de seguridad que excedan de seis (6) meses, “no habrá recurso alguno”. Sin embargo, este Supremo Tribunal en Pleno ha determinado en su jurisprudencia . . . que:

“todo acto del Poder Ejecutivo es revisable en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución de la República.”

Precisado lo anterior, la Corte observa:

Anteriormente se ha aludido al hecho por el cual se denuncian vicios de la Ley sobre Vagos y Maleantes como presunta consecuencia, no sólo de la negligencia y arbitrariedad de los órganos llamados a aplicarla, sino de defectos intrínsecos de la propia ley.

A la vista de tal aserto, es aquí donde debe advertirse que las violaciones constitucionales generadas normalmente por la Ley atacada, vienen a ser producto, fundamentalmente, de la ausencia de auténtico control sobre las decisiones que, en orden a la aplicación de las medidas de seguridad, toman los órganos administrativos competentes para ejecutarlas.

En efecto, los funcionarios encargados de aplicar las medidas de seguridad previstas, según dispone el artículo 17 de la ley, son: la Primera Autoridad Civil de los Distritos (hoy Municipios) en los Estados, de los Departamentos del Distrito Federal y de los antiguos Territorios Federales o en las capitales de tales entidades políticas, donde exista, el Jefe del Cuerpo respectivo de Seguridad. En este sentido debe la Corte observar que para la fecha en que se dictó la Ley impugnada, no existía el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, sino la extinta Dirección de Seguridad Nacional, la cual se encargaba de instruir la averiguación en el procedimiento en la Primera Instancia (Art. 17 de la Ley). Por ello sería interesante determinar si en la práctica este Cuerpo Técnico de Policía Judicial es el autorizado legalmente para ello.

En el mismo sentido, anota la Corte, que en publicación conjunta de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia, en cuyo texto se trata de analizar los aspectos referentes a la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes, se enfatiza que los funcionarios de policía en general, o sea, todas

aquellas Autoridades que ejercen funciones policiales, son competentes para iniciar las averiguaciones de Ley. Esta afirmación no parece ser cierta, dentro del riguroso análisis del Art. 17 de la Ley, en cuyo texto se precisan los órganos competentes para iniciar la averiguación y decidir en Primera Instancia, señalándose a su vez que:

“los funcionarios de Policía o de Seguridad Nacional procederán a detener al indiciado y, en el término de la distancia lo pondrán a disposición de las autoridades que deben conocer del asunto. . .”

De la interpretación más elemental sobre lo anteriormente expuesto, deriva que la Seguridad Nacional, en sitios distintos a las capitales de las Entidades Federales, estaba autorizada legalmente para detener al indiciado pero no para conocer del procedimiento.

Eliminada la Dirección de Seguridad Nacional, en 1958, no parecen existir elementos de juicio suficientes que inclinen a la Corte para suponer que haya sido autorizado el Cuerpo Técnico de Policía Judicial para actuar dentro del procedimiento previsto por la Ley.

No obstante, es conveniente indicar que lo único en favor del criterio conforme al cual, podría hacerse la identificación indicada, se refiere a la enunciación del Art. 3º de la Ley de Policía Judicial, que dice así:

“Cuando las autoridades de Policía Judicial, inicien la investigación de un hecho punible o las actuaciones sobre sujetos en estado de peligrosidad, deben participarlo de inmediato a un Fiscal del Ministerio Público”.

En segunda instancia, son los Gobernadores de los Estados (Art.21), quienes aprehenden el conocimiento de la materia e incidentalmente, cuando la medida de seguridad exceda de seis (6) meses, quien conoce en apelación de la decisión de los Gobernadores, es el Ministro de Justicia.

Ahora bien, a juicio de la Corte, la aplicación de medidas de seguridad, en función de supuestos como los establecidos en los artículos 2º y 3º de la Ley impugnada, por parte de funcionarios administrativos, no ofrece las garantías suficientes de defensa para los indiciados. Por un lado, ya fue señalado, que las medidas de seguridad privativas de libertad son, a juicio de la Corte, inconstitucionales, y por ello, todas las normas relativas a la aplicación de tales medidas son también inconstitucionales. Por otra parte, situaciones como confinamiento (art. 4 literal h), obligación o prohibición de residir en lugares determinados (art. 4º literal d), o el envío bajo custodia a la ciudad o pueblo de origen (art. 4º literal b), tienden a constituir limitaciones a la libertad de tránsito por el territorio nacional (artículo 64 de la Constitución). Es evidente que tales providencias no pueden ser tomadas por autoridades administrativas mediante un procedimiento como el establecido en los artículos 18, 19 y 20 de la Ley impugnada, y sin más control que las correspondientes apelaciones ante otro órgano administrativo. En esas condiciones, queda la vía jurisdiccional relegada a un último lugar en contra de lo establecido por la propia ley en su artículo 23 penúltimo aparte, cuya inconstitucionalidad está particularmente demostrada.

En cuanto al procedimiento, éste se inicia con la detención del indiciado (art. 18), abriéndose inmediatamente después su declaración, respecto a las conductas que le son imputadas, un lapso probatorio de sólo tres (3) días hábiles, estando en todo momento detenido (art. 19). De ser acordada la medida de seguridad, puede apelar en un lapso de veinticuatro (24) horas, a partir de su notificación, ante el Gobernador del Estado, remitiéndose el caso a éste, aun cuando no haya apelación, en consulta. El Gobernador, entonces, decidirá dentro de tres (3) días, sin que se establezca posibilidad alguna para el sujeto indiciado de declarar nada en su defensa dentro de esta segunda instancia (art. 21). La defensa del indiciado, en cambio, queda atribuida a un Defensor Público de Presos (art. 22). Dicha defensa no significa en forma alguna elemento [conveniente] al indiciado. En efecto el Defensor Público de Presos limitará su actuación a emitir un dictamen reducido a aspectos procedimentales del caso, pero no le atribuye la facultad de alegar defensas en favor del indiciado. Finalmente, y sólo en los casos en que la medida exceda de seis (6) meses, se remitirá el caso al Ministerio de Justicia, sin que tampoco se prevea ningún medio para que el indiciado pueda defenderse.

Puede concluirse, entonces, que el procedimiento establecido no ofrece las suficientes garantías de defensa al indiciado, lo cual, a más de ser inconstitucional en sí mismo, a juicio de esta Corte, propende a que las decisiones tomadas por los funcionarios administrativos resulten arbitrarias y contrarias a derecho.

En este mismo sentido, resulta inconstitucional lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 12, en cuyo texto se dispone que:

“Si transcurriere el tiempo de internamiento sin haberse obtenido la corrección del recluso, el Ministro de Justicia podrá prorrogar la medida hasta por un tiempo igual al de la originaria”,

Ello lo hace el Ministro, a base de un informe elaborado por el Tribunal de Conducta establecido en el Capítulo IV de la ley impugnada. Ciertamente, el Tribunal de Conducta pese a su nombre, es un órgano administrativo sin que se dé al sujeto considerado “vago o maleante”, oportunidad de ser oído o alegar nada a su favor. Podrá entonces, plantearse la hipótesis, según la cual un sujeto sometido por cinco (5) años a reclusión en determinada colonia de trabajo, al finalizar la medida de seguridad, sea nuevamente sometido a otros cinco (5) años de la misma medida, sin más garantía que un informe elaborado por determinado funcionario administrativo, lo cual es jurídicamente, por las razones anotadas, repugnante al Texto Fundamental de la República.

Considera este Alto Tribunal, que la imposición de medidas de seguridad debe de estar precedida de un pronunciamiento que realmente garantice la defensa eficaz del sujeto indiciado, con resultados quizás más alentadores. Sobre todo, que dicho procedimiento se tramite ante funcionarios judiciales.

A juicio de la Corte, la vigente Ley sobre Vagos y Maleantes, no resiste el escarpelo del análisis constitucional. Se trata de una inconstitucionalidad sobrevenida, en la medida en que se dibuja con la promulgación de la Constitución vigente, del 23 de enero de 1961. También, como se ha visto, le da el carácter de inconstitucionalidad completa porque afecta la totalidad del texto legal impugnado.

Comentario

La Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado que la noción de “delito penal” en el contexto del artículo 6.1²³ de la Convención Europea requiere una interpretación “autónoma”, es decir independiente del significado que se le otorga en la legislación interna de los Estados partes. La razón de esta decisión se basa en el hecho de que en varios de estos Estados, existe lo que se llama “derecho penal administrativo”, es decir la concesión de competencia a órganos administrativos para entender en ciertas ofensas de carácter penal, incluido el poder de imponer sanciones como la privación de libertad. Si bien en muchos casos, la “desincriminalización” de ofensas tiene por objeto reducir la sanción aplicable o descongestionar la labor de los tribunales, la consecuencia de ello es que quienes resultan acusados de estas ofensas no gozan de todas las garantías del debido proceso en materia penal reconocidas por el Artículo 6 de la Convención Europea.

En los casos *Engels y otros* y *Ozturk*, la Corte Europea desarrolló los estándares aplicables para determinar si una ofensa específica puede considerarse como “penal” bajo los términos de la Convención, no obstante la clasificación diferente realizada por la legislación interna del Estado en cuestión.

En el primero de los casos, los peticionarios eran soldados conscriptos que cumplían su servicio militar en las fuerzas armadas de Holanda. En diversas ocasiones, éstos recibieron sanciones por los oficiales a cargo, en virtud de ofensas contra la disciplina militar. Los peticionarios apelaron ante el oficial de quejas y finalmente ante la Corte Suprema Militar, los cuales en substancia confirmaron las decisiones cuestionadas pero, en dos casos, redujeron la severidad de la sanción impuesta. En sus peticiones ante los órganos del sistema europeo los denunciantes alegaron, *inter alia*, que habían sido víctimas de una violación al derecho al debido proceso pues los procedimientos ante las autoridades militares y ante la Corte Suprema Militar no se habían substanciado en cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 6 de la Convención.

La Corte Europea, al analizar el caso, debía determinar en primer lugar si el Artículo 6 de la Convención resultaba aplicable a las circunstancias del mismo, particularmente teniendo en consideración que la mayoría de las sanciones de las cuales los peticionarios habían sido acusados eran de naturaleza disciplinaria.

23 El artículo 6.1 de la Convención Europea consagra, en términos generales, las mismas garantías que el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Engels y otros c. Holanda
(Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 8 de junio de 1976,
Serie A No. 22)
[traducción no oficial]

DECISION

II. La violación alegada del artículo 6.1

79. Tanto para el Gobierno como para la Comisión, los procedimientos instituidos contra [los peticionarios] no incluían la determinación de derechos y obligaciones civiles ni de una acusación penal.

[Para] examinar la aplicabilidad del artículo 6 en el presente caso, la Corte analizará en primer lugar si los mencionados procedimientos se refieren a una “acusación penal” en el sentido del texto [de dicha norma]; porque, aunque considerados disciplinarios por la legislación holandesa, los mismos tienen por objeto reprimir ofensas alegadas contra los peticionarios mediante la aplicación de sanciones, un objetivo análogo al propósito general del derecho penal.

1. Aplicabilidad del Artículo 6

(a) La existencia de una “acusación penal”

80. Todos los Estados Contratantes tradicionalmente distinguen, aunque en diferentes formas y grados, entre procedimientos disciplinarios y procedimientos penales. Para los individuos afectados, el primero normalmente ofrece ventajas substanciales en comparación con el segundo, por ejemplo en relación a las sentencias adoptadas. Las sentencias disciplinarias, en general menos severas, no aparecen en los antecedentes penales de una persona y producen consecuencias más limitadas. Esto sin embargo podría ser diferente; además, los procedimientos penales están normalmente acompañados de mayores garantías [del proceso penal].

Debe entonces cuestionarse si la solución adoptada en este sentido en la jurisdicción nacional es decisiva desde el punto de vista de la Convención. ¿Cesa el artículo 6 de ser aplicable porque los órganos competentes de los Estados Contratantes clasifican un acto u omisión y los procedimientos que se adelantan contra el autor como disciplinarios, o, por el contrario, esta disposición se aplica en ciertos casos no obstante dicha clasificación? Este problema, cuya importancia el Gobierno reconoce, fue correctamente presentada por la Comisión; esto ocurre particularmente cuando un acto u omisión está tipificado por la ley nacional del Estado afectado como una ofensa mixta, es decir penal y disciplinaria, y donde existe entonces la posibilidad de optar entre procedimientos penales o disciplinarios o aun acumularlos.

81. La Corte ha prestado atención a las respectivas presentaciones de los peticionarios, el Gobierno y la Comisión, en relación a lo que llaman la “autonomía” del concepto “acusación criminal”, pero no suscribe enteramente a ninguna de éstas

En *Neumeister contra Austria* (No 1), la Corte ya ha sostenido que la palabra “acusación” debe ser entendida “en el sentido de la Convención”

La cuestión sobre la “autonomía” del concepto “penal” no requiere exactamente la misma respuesta.

La Convención sin lugar a dudas permite a los Estados, en el cumplimiento de sus funciones de guardianes del interés público, mantener o establecer una distinción entre derecho penal y disciplinario, y determinar la línea de división [entre ambos], pero sólo sujeto a ciertas condiciones. La Convención otorga a los Estados la libertad para tipificar como una ofensa penal un acto u omisión que no sea constitutiva del ejercicio normal de uno de los derechos que garantiza. Esto está establecido con claridad en el Artículo 7. Una decisión de esta naturaleza, la cual tiene como efecto determinar la aplicabilidad de los Artículos 6 y 7, en principio escapa a la supervisión de la Corte.

La elección inversa, por su parte, está sujeta a reglas más estrictas. Si los Estados Contratantes pudieran clasificar a su discreción una ofensa como disciplinaria en vez de penal, o procesar al autor de una ofensa “mixta” en el plano disciplinario en lugar del penal, la aplicación de las cláusulas fundamentales de los Artículos 6 y 7 estaría subordinada a su voluntad soberana. [Conceder] una latitud tan extensiva [al Estado] podría conducir a resultados incompatibles con el objeto y fin de la Convención. La Corte, por esta razón, tiene competencia, bajo el Artículo 6, aún sin hacer referencia a los Artículos 17 y 18, para asegurarse que lo disciplinario no se superponga inapropiadamente a lo criminal.

. . . .

82. En consecuencia, la Corte debe especificar, limitándose a la esfera de lo militar únicamente, cómo determinará si una “acusación” dada, prevista por el Estado afectado -- como en el presente caso -- con un carácter disciplinario, puede considerarse como “penal” en el marco del Artículo 6.

En este sentido, es necesario primero saber si la(s) norma(s) que tipifican la ofensa en cuestión pertenecen, de acuerdo al sistema legal del Estado afectado, al derecho penal, al disciplinario o a ambos concurrentemente.

Esto sin embargo no ofrece más que un punto de partida. Las indicaciones así previstas tienen un valor formal y relativo y deben examinarse a la luz de un denominador común de la legislación respectiva de los distintos Estados Contratantes.

La naturaleza misma de la ofensa es un factor de gran importancia. Cuando un miembro de las fuerzas armadas se encuentra acusado de un acto u omisión que presuntamente infringe una norma que regula la operación de las fuerzas armadas, el Estado puede en principio aplicarle derecho disciplinario en lugar de derecho penal. En este sentido, la Corte coincide con el Gobierno.

Sin embargo, la supervisión de la Corte no se limita a ello. Esta supervisión podría generalmente ser ilusoria si no se tomara también en consideración el grado de severidad de la pena en la que la persona afectada corre el riesgo de incurrir. En una sociedad que sostiene el imperio de la ley, las

privaciones de libertad que pudieran ser impuestas como castigo pertenecen a la esfera “penal”, con excepción de aquéllas que por su naturaleza, duración o manera de ejecución no pueden ser considerablemente detrimentes [para la persona]. La seriedad de la cuestión a resolver, las tradiciones de los Estados Contratantes y la importancia otorgada por la Convención al respeto de la libertad física de la persona requieren que así debe ser.

83. Es sobre la base de estos criterios que la Corte establecerá si algunos o todos los peticionarios fueron objeto de una “acusación penal” en el sentido del Artículo 6 (1).

Comentario

En el caso Ozturk, el peticionario, un nacional turco residente en Alemania, fue multado por causar un accidente de tránsito como consecuencia de conducir negligentemente. La ley alemana tipificaba ciertas ofensas menores de tránsito como “reglamentarias” (en inglés “regulatory”) y, por lo tanto, establecía que las mismas fueran tramitadas por autoridades administrativas. El Sr. Ozturk solicitó ejercitar su derecho a una audiencia pública ante un tribunal y fue oído por la corte del Distrito de Heilbronn, con asistencia de un intérprete. Luego, retiró su demanda y aceptó la decisión de la autoridad administrativa, la cual se transformó en la sentencia final en su caso. El tribunal del Distrito de Heilbronn le ordenó pagar las costas del proceso, incluida la tarifa del intérprete. El peticionario apeló esta decisión, particularmente en lo relativo al pago de los costos del intérprete, la cual fue rechazada. El peticionario alegó en su denuncia ante los órganos del sistema europeo que en su caso se había violado el artículo 6 (3) (e), que consagra el derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete, si la persona no entiende o habla el idioma utilizado en el tribunal. En principio, esta garantía, sin embargo, resulta exigible al Estado sólo en procedimientos de naturaleza penal. Por esta razón, la Corte Europea consideró en primer término la aplicabilidad del artículo 6 a las circunstancias planteadas en el caso bajo análisis.

Caso Ozturk c. Alemania

*(Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 21 de febrero de 1984,
Serie A No. 73)*

[traducción no oficial]

DECISION

45. . . . En su petición, el peticionario alegó que el tribunal del Distrito de Heilbronn actuó en violación del Artículo 6 (3) (e) al ordenarle el pago de los costos incurridos como consecuencia de haber recurrido a los servicios de un intérprete en la audiencia del 3 de agosto de 1978.

I. Aplicabilidad del Artículo 6 (3) (e)

46. De acuerdo a los argumentos del Gobierno, el Artículo 6 (3) (e) no es aplicable al caso pues el Sr. Ozturk no fue “acusado de un delito penal”. Bajo la Ley 1968/1975, la cual “desincriminaliza” ofensas menores, particularmente en la esfera del tránsito, los hechos alegados contra el Sr. Ozturk constituyen una mera “ofensa reglamentaria”. Se ha considerado que estas ofensas se distinguen de los delitos penales no sólo por el procedimiento previsto para su persecución y sanción sino también por sus características y consecuencias jurídicas.

El peticionario controvertió la validez de este análisis; tampoco fue compartido por la Comisión, la cual consideró que la ofensa de la que el Sr. Ozturk fue acusado era en la práctica un delito penal para los fines del Artículo 6.

....

Bajo el derecho alemán, la ofensa cometida por el Sr. Ozturk no es considerada un delito penal pero una “ofensa reglamentaria”. La cuestión que se plantea es si dicha clasificación es un factor determinante en términos de la Convención.

48. La Corte se vio enfrentada a una cuestión similar en el caso Engel y otros . . . En su sentencia . . . en dicho caso, la Corte fue cuidadosa al establecer que estaba limitando su análisis a la esfera del servicio militar . . . La Corte sin embargo considera que los principios enunciados en esa decisión . . . son también relevantes, mutatis mutandis, al presente caso.

49. La Convención no se opone a los Estados en el cumplimiento de su tarea como guardianes del interés público, creando o manteniendo una distinción entre diferentes categorías de ofensas para los fines de su derecho interno y creando la línea divisoria entre éstos, pero ello no significa que la clasificación hecha por los Estados es decisiva para los fines de la Convención.

A partir de remover ciertas conductas de la categoría de delitos penales en el derecho interno, el legislador puede servir los intereses del individuo . . . así como las necesidades de una apropiada administración de justicia, particularmente en la medida en que las autoridades judiciales son de esta forma relevadas de la tarea de investigar y sancionar infracciones . . . a las disposiciones de tránsito. La Convención no se opone a las tendencias orientadas a la “desincriminalización” [de conductas] que tienen lugar - - en formas extremadamente variadas - - en los Estados miembros del Consejo de Europa. El Gobierno correctamente ha insistido en este punto. Sin embargo, si los Estados Contratantes pudieran a su discreción excluir la aplicación de las cláusulas fundamentales de los Artículos 6 y 7, a través de la clasificación de una ofensa como “reglamentaria” en lugar de penal, la aplicación de dichas disposiciones estaría subordinada a su voluntad soberana. [Conceder] una latitud tan extensiva [a los Estados] podría llevar a resultados incompatibles con el objeto y fin de la Convención.

50. Habiendo reafirmado la “autonomía” de la noción de “penal” como está concebida en el Artículo 6, lo que la Corte debe determinar es si la “ofensa reglamentaria” cometida por el peticionario era “penal” en el sentido de dicho Artículo. A tal efecto, la Corte se fundará en los criterios adoptados en la ya mencionada sentencia en Engel y otros . . . La primera cuestión a establecer es si el texto tipificando la ofensa en cuestión pertenece al derecho penal, de acuerdo al sistema legal del Estado

en cuestión; seguidamente, [debe determinar] la naturaleza de la ofensa y, finalmente, debe examinarse la naturaleza y grado de la severidad de la sanción que la persona afectada corre el riesgo de incurrir, teniendo en cuenta el objeto y fin del Artículo 6, [a la luz] del sentido corriente de los términos de dicho Artículo y de las leyes de los Estados Contratantes.

Comentario

En ambos casos, la Corte Europea consideró que las ofensas por las cuales se había acusado y condenado a los peticionarios eran de naturaleza criminal y en consecuencia, de acuerdo a los términos de la Convención, el Artículo 6, en su totalidad, resultaba aplicable. Mientras que en el caso *Engels* y otros la Corte Europea delimitó su análisis a los casos de sanciones disciplinarias en el ámbito de la jurisdicción militar, en *Ozturk*, la Corte reconoció explícitamente su aplicabilidad a supuestos de ofensas de carácter “reglamentario”. En procedimientos más recientes, la Corte Europea ha aplicado los mismos estándares a procedimientos de otra naturaleza.

a. El derecho “a ser oído”: acceso a un tribunal

Preguntas

¿Se encuentra protegido el derecho de acceder a un tribunal en el artículo 8.1 de la Convención Americana? ¿Coincide usted con la interpretación realizada por la Comisión en el caso 10.580 en relación a este derecho? ¿Se encuentra reconocida en la legislación de su país la participación de la víctima de un delito o sus familiares en el proceso penal iniciado contra el acusado de perpetrarlo? ¿Considera usted que el derecho de acceder a un tribunal incluye el derecho de los familiares de las víctimas a conocer la verdad, especialmente en los casos de graves violaciones a los derechos humanos (véase el caso *A. Guerrero Ortega*)? En términos generales ¿coincide usted con el razonamiento de la Corte Constitucional de Colombia en el caso *Alejandrina Guerrero Ortega*, particularmente en lo relativo a los procesos iniciados en el fuero militar?

Comentario

El derecho de acceder a un tribunal no se encuentra específicamente establecido en el artículo 8.1 de la Convención. Este artículo, sin embargo, consagra el *derecho a ser oído*, el cual ha sido interpretado por la jurisprudencia del sistema como el reconocimiento de la garantía de acceder a un tribunal para que decida sobre una acusación penal o sobre la determinación de derechos y obligaciones de otra naturaleza. El artículo 6.1 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos tampoco establece expresamente el derecho de acceder a un tribunal; sin embargo, la Corte Europea en sus comienzos determinó que el artículo 6, al garantizar en el párrafo 1 el derecho a un juicio justo, incorpora este derecho implícitamente (véase caso *Golder*).

Caso Golder c. Reino Unido
(Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 21 de febrero de 1975,
Serie A No. 18)
[traducción no oficial]

En la opinión de la Corte, sería inconcebible que el artículo 6 párrafo 1 describiera en detalle las garantías procesales consagradas en favor de las partes en un proceso pendiente y no protegiera en primer término aquélla que por sí sola hace posible que las partes se beneficien de dichas garantías, cual es la garantía de acceso a un tribunal. Las características de justicia, publicidad y rapidez de un proceso judicial no tienen ningún valor si no existe un proceso de esta naturaleza.

Tomando en consideración todas estas características en su conjunto, debe concluirse que el derecho de acceder a un tribunal constituye un elemento inherente al derecho establecido en el artículo 6, párrafo 1. Esta no es una interpretación extensiva en el sentido de forzar nuevas obligaciones para los Estados contratantes: la misma se basa en los términos mismos de la primera oración del artículo 6, párrafo 1 analizada en su contexto y teniendo en consideración el objeto y fin de la Convención, ... y los principios generales de derecho.

Caso 10.580 (Ecuador)
(CIDH, Informe N° 10/95, Caso 10.580, Informe Anual de la Comisión Interamericana de
Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev., 3 de abril de 1996)

42. La Convención Americana prescribe en el artículo 8.1 que 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... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. El derecho a un proceso judicial independiente e imparcial implica no sólo el derecho a tener ciertas garantías observadas en un procedimiento ya instituido; también incluye el derecho a tener acceso a los tribunales, que puede ser decisivo para determinar los derechos de un individuo, o en el caso de un proceso penal en el cual se le niega a la parte lesionada la oportunidad de acusar. El derecho de la parte afectada a hacer una acusación en un juicio penal está reconocido por el sistema jurídico ecuatoriano. El Capítulo V del Código de Procedimiento Penal de Ecuador establece las condiciones en las cuales las víctimas, sus representantes legales o sus familiares inmediatos podrán presentar una acusación de carácter penal. En este caso, se impidió a la familia de la víctima ejercer el derecho de participar en un juicio penal contra los responsables de la aprehensión ilegal, la detención ilegal y la muerte de Manuel Bolaños dado que no se le permitió el acceso a toda la información pertinente a dicha acusación. Tras numerosas consultas, informales y formales, no lograron obtener información alguna sobre el paradero de Manuel Bolaños. Cuando la familia se enteró, a través de canales no oficiales (véase el párrafo 3.a arriba) de la muerte del señor Bolaños, el asunto estaba sujeto a una investigación penal militar. Si bien los peticionarios solicitaron examinar el expediente o las decisiones tomadas respecto al caso, les fue imposible determinar en qué situación se encontraba la investigación.

43. El artículo 17 del Código de Procedimiento Penal de Ecuador prescribe que: “Las sentencias ejecutoriadas en los procesos penales producen el efecto de cosa juzgada en lo concerniente a una acción civil, sólo cuando éstas declaran que no existe infracción; o, cuando existiendo [sic], declaran que el procesado no es culpable de la misma. Por tanto, no podrá demandarse la indemnización civil mientras no exista una sentencia penal condenatoria firme que declare a una persona responsable penalmente de la infracción”. Por consiguiente, así como se obstaculizó la posibilidad de determinar judicialmente la responsabilidad penal porque los órganos judiciales competentes no investigaron el caso de Manuel Bolaños y porque no se le permitió a la familia el acceso a toda la información pertinente, también quedó obstaculizada la opción de indemnización civil.

44. Asimismo, la Comisión advierte que el artículo 8 dispone que quien desee ejercer su derecho a ser oído por un tribunal competente debe poder hacerlo en un plazo razonable. La investigación llevada a cabo por el tribunal militar de lo penal se inició el 29 de octubre de 1985 y terminó el 31 de mayo de 1989. Vistos los elementos del caso y lo insuficiente de las medidas adoptadas durante la investigación, resulta claro que ese retraso en el proceso legal, de casi cuatro años, no era razonable.

Caso Alejandrina Guerrero Ortega

(Sentencia de la Corte Constitucional (T-275/94), 15 de julio de 1994, Colombia)

[Notas de pie de página omitidas]

2. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional considera que en el presente caso está en juego no sólo el derecho de petición (C.P. art 23) y el derecho a ser informado de manera veraz e imparcial (C.P. art 20) sino también el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia (art 229 *Ibídem*) que, como esta Corporación ya lo ha establecido, es un derecho fundamental y por consiguiente tutelable.

En efecto, si una madre se encuentra ante dos hipótesis contradictorias que se excluyen (el homicidio o el suicidio de su hijo), la forma de sobreponerse objetivamente a la angustia que ocasiona esta duda no puede ser la de quedarse al margen del acercamiento a la verdad. No se trata solamente del derecho a ser informada, porque quien recibe la información es sujeto pasivo, sino que, además, debe permitírsele una contribución activa para superar en lo posible cualquier error en la investigación penal.

Si esa misma madre, situada ante el dilema de hacer respetuosa antesala a quien le puede dar algún dato o de ejercitar la acción de tutela, prefiere este amparo, entonces, al escoger el camino de la tutela para dilucidar su inquietud, no solamente se toca el derecho de petición (art. 23 de la C.P.) sino un derecho de acceso a la justicia (art. 229 ibídem), porque al universo de la verdad por hechos criminales no solamente tiene entrada el Estado y el reo, sino también el OTRO: el perjudicado o presuntamente perjudicado.

Es tan evidente que en el caso presente también está en juego este derecho al acceso a la justicia que el propósito primordial de Alejandrina Guerrero Ortega ha sido conocer el desarrollo del proceso que se adelanta por la muerte de su hijo. . . .

3. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE QUIENES RESULTAN PERJUDICADOS POR HECHOS DELICTUOSOS: SU PARTICIPACION EN EL PROCESO.

Para las víctimas de un presunto hecho delictivo, el acceso a la justicia se materializa en la posibilidad de participar del proceso penal en donde se investiga el ilícito. Esta posibilidad se desprende no sólo del derecho general fundamental de acceder a la justicia (CP art 229) sino que está también consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 en la parte que dice:

“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 ante un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”

Este acceso, en la legislación colombiana, puede ser de dos tipos:

a) Artículo 28 del C. de P.P. - “Acceso al expediente y aporte de pruebas por el perjudicado: La víctima o el perjudicado, según el caso, podrá ejercer el derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas, pudiendo aportar pruebas. El funcionario debe responder dentro de los diez (10) días siguientes”.

El artículo no repite dos veces el mismo sujeto (víctima-perjudicado) sino que abre dos perspectivas: La víctima o el perjudicado, esto es fácilmente comprensible cuando se trata de un homicidio porque físicamente es imposible que la víctima acceda al expediente, lo puede hacer el “perjudicado” y nadie más perjudicada que una madre por la muerte de su hijo. Por supuesto que esta facultad requiere de una petición escrita dirigida al funcionario judicial (Juez o Fiscal que conoce del caso) porque se puede tener el derecho pero si no se ejercita no podrá aun hablarse de violación o amenaza.

b) Artículo 43 del C. de P.P. “Titulares de la Acción Civil. La Acción Civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil, o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, o por los herederos o sucesores de aquellos...”

El resarcimiento, en materia penal, depende de si se declara o no responsable al procesado. Para definir esta responsabilidad están los medios idóneos ordenados por los respectivos funcionarios judiciales, decretados oficiosamente o a petición de los SUJETOS PROCESALES, con la única cortapisa de que sean conducentes y pertinentes (art. 250 C.P.P.).

El Código de Procedimiento Penal incluye dentro de los sujetos procesales a la Parte Civil.

“Artículo 149. DEFINICION. Con la finalidad de obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por el hecho punible, el perjudicado o sus sucesores, a través de abogado, podrá constituirse parte civil dentro de la actuación penal”.

Como se aprecia, el artículo no sólo se refiere al resarcimiento del daño sino al “restablecimiento del derecho” y dentro de este concepto está el lograr lo justo; para ello se requiere respetar el derecho a la búsqueda de la verdad por parte de las víctimas o los perjudicados. Vale también esta aclaración: si la víctima o el perjudicado no han presentado o todavía no puede presentar demanda de constitución de parte civil, no puede decirse que el derecho de acceso a la justicia se ha menoscabado.

4. LA BUSQUEDA DE LA VERDAD COMO CONSECUENCIA DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y DEL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA.

La participación de las víctimas o perjudicados en el proceso penal no se justifica solamente por la perspectiva de lograr un bien patrimonial como reparación, sino, además, y especialmente, por el derecho que tienen las personas de acercarse a la verdad. Contribuir en la definición de la verdad y en el rechazo a la falsedad, es tan importante como lograr lo válido, lo útil, lo interesante. El orden social justo conlleva el asegurar “la justicia, la igualdad, el conocimiento” (Preámbulo de la Carta). Una madre tiene justificación cuando exige que se le aclare la causa del fallecimiento de su hijo, especialmente si no aparecen razones o motivos para un suicidio.

En resumen, la validez y la búsqueda de la verdad son objetos de la justicia, constituyen elementos consustanciales al derecho de acceso a la justicia, porque para plantear un argumento válido (en este caso concreto, dilucidar si al soldado lo mataron o se suicidó) hay que partir de premisas verdaderas y llegar a una conclusión verdadera. La inquietud que plantean los enigmas jurídicos es inherente a la existencia humana y es oficio del juzgador tratar de averiguarlos para absolver o condenar, para reparar o no reparar. El Juez o Fiscal será más eficiente si cuenta con una colaboración seria de los familiares del occiso.

Los perjudicados tienen derecho a saber qué ha ocurrido con sus familiares, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, al interpretar los alcances del deber del Estado de garantizar los derechos de las personas, consagrado por el artículo 1º de la Convención Interamericana que -conforme al artículo 93 de la Constitución- prevalece en el orden interno, este alto tribunal internacional estableció:

“Incluso si en el supuesto de que las circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieron aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean responsables de delitos de esta naturaleza, el **derecho de los familiares de la víctima de conocer cual fue el destino de ésta**, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representan una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance (negrillas no originales)”.

Igualmente, al regular lo relativo a las personas desaparecidas o fallecidas, el artículo 32 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I, declarado exequible por esta Corte Constitucional) fijó expresamente como principio general:

“En la aplicación de la presente sección, las actividades de las Altas partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”. (Subrayado propio)

Aunque el Protocolo I se refiere a víctimas de los conflictos armados internacionales, se entiende incorporado al ordenamiento interno nacional por hacer parte del derecho consuetudinario de los pueblos, tal como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia citada del 28 de octubre de 1992. En algunos de sus apartes se dice:

“La Carta de 1991 confirma y refuerza tanto la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos como la del derecho internacional humanitario.

Así, en materia de derechos humanos la Constitución colombiana recoge toda la tradición del constitucionalismo occidental, incluyendo sus más modernos postulados, en materia de derechos humanos y mecanismos de protección. El amplio desarrollo que en el texto constitucional encuentran las llamadas tres generaciones de derechos humanos, es una prueba evidente de la voluntad del constituyente de hacer de esta materia la piedra angular del ordenamiento jurídico-político.

Pero la Asamblea Nacional Constituyente no se contentó con señalar una amplia y generosa lista de derechos respaldados por variados mecanismos de protección, sino que hizo referencia a la necesidad de respetar en toda circunstancia valores y principios fundamentales de la persona humana y del régimen político con independencia de su consagración expresa. Así se deduce de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política actualmente en vigor.

En el primero de ellos, el Constituyente consagró la primacía del derecho internacional convencional relativo a los derechos humanos, al establecer la prevalencia de los tratados y convenios ratificados por Colombia y la obligación de interpretar la Carta de derechos de conformidad con dichos convenios y tratados.

En el artículo 94 se estableció la posibilidad de aplicar derechos no consagrados en el texto constitucional o incluso en los convenios y tratados ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos inherentes a la persona humana. De acuerdo con este texto constitucional, el valor inherente o fundamental no depende de la consagración expresa: es, pues, un valor

normativo independiente de toda consagración en el ordenamiento positivo, tal como lo entendía el clásico derecho natural racionalista.

Por otra parte, en el artículo 214, numeral 2º de la Carta se consagró el valor supraconstitucional del derecho internacional humanitario cuando, al regular los parámetros a que se sujetan las atribuciones presidenciales durante los estados de excepción, dispuso que:

“En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

No se exige, en tales condiciones, ratificación o adhesión al convenio o al tratado. En otros términos, con la incorporación de este principio los constituyentes quisieron ante todo proteger los valores humanitarios reconocidos universalmente por la comunidad internacional, abstracción hecha del derecho que los consagra.

En consecuencia, se acogió la fórmula de la incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*. ”

En síntesis señaló la Corte:

“El Protocolo I (relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales), objeto de estudio por la Corte en esta ocasión, desarrolla los 4 Convenios de Ginebra de 1949, los cuales buscan proteger a los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, regular el trato a los prisioneros de guerra y proteger a las personas civiles en tiempo de guerra.

Esos 4 convenios, ya adoptados formalmente por Colombia, se fundamentan todos en la dignidad, al igualdad y el respeto debido a la persona humana. **De ahí que el contenido normativo del Protocolo I, el cual se nutre de esos mismos valores y principios, coincida con el contenido axiológico y normativo de la Constitución colombiana.** (negrillas no originales)”.

Todo lo anterior muestra que la participación de familiares y perjudicados en un proceso penal desborda la pretensión puramente reparatoria ya que deriva también de su derecho a conocer qué ha sucedido con sus familiares. Y en el caso concreto ¿qué mas natural que una madre quiera tener certeza sobre las circunstancias en que ocurrió la muerte de su hijo? En efecto, es de elemental sentido humano que una madre pida una explicación satisfactoria a la causa real de la muerte de su hijo. No se trata de escuchar lo que ella quisiera oír, sino de sustentar razonablemente la información que arroje una investigación. Si ella cree que su hijo no se suicidó, porqué se le irrespeta su creencia, si no se le permite conocer el resultado de la investigación?

Este derecho de los familiares a conocer la suerte de los suyos, sean desaparecidos o fallecidos, no se agota entonces con la percepción visual del cadáver, ni se limita a una escueta información, ni puede quedarse en una conclusión simplista, sino que el Estado debe facilitar el acercamiento a la

verdad permitiéndoles participar en el proceso penal. Además, esta participación no sólo constituye un derecho fundamental de las víctimas y perjudicados sino que puede ser muy importante para estructurar una investigación eficaz, alcanzar la verdad y prevenir futuros ilícitos. Así, las Naciones Unidas establecieron un conjunto de principios para prevenir e investigar las ejecuciones extrajudiciales, entre los cuales se consagró expresamente que “los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas”.

Los derechos humanos incluyen la posibilidad de que los familiares conozcan el curso de la investigación dentro de los parámetros procedimentales acordes con la Constitución.

Finalmente, el derecho a participar de la búsqueda de la verdad sobre sus familiares también está íntimamente ligado con el respeto a la dignidad, a la honra, a la memoria y la imagen del fallecido. En efecto, estos derechos y la dignidad de una persona se proyectan más allá de su muerte. Por ello, un familiar que considere que la versión sobre la desaparición o la muerte de un familiar no coincide con la verdad y puede vulnerar su memoria, tiene derecho a exigir del Estado una investigación veraz e imparcial que establezca la realidad de lo que ocurrió. Y en este caso concreto, como se trata de una investigación en donde está de por medio la muerte de una persona, la inquietud de la madre tendrá que ser dilucidada por el Estado por medio de una investigación penal a la cual ella tiene derecho a acceder. La Corte Constitucional no puede decirle a Alejandrina Guerrero si su hijo se suicidó o no, esto lo averiguará el juez investigador y no el Juez de Tutela, pero si le puede indicar a dicha señora que la Constitución la protege en cuanto tiene derecho a acceder a la justicia, en debido proceso, y, si aún no lo ha hecho esto no significa que haya perdido el derecho, así no prospere esta tutela por no estar probada violación o amenaza al derecho fundamental.

5. JUSTICIA PENAL MILITAR Y ACCESO A LA JUSTICIA DE PARTE DE LAS VÍCTIMAS Y LOS PERJUDICADOS.

Por todo lo anterior, no se puede aducir que tratándose de los procesos que cursan ante la justicia penal militar no hay lugar a la constitución de parte civil porque cualquier posible perjuicio podría ser resarcido mediante la acción de reparación directa que se tramita ante los Tribunales Contencioso Administrativos. Esta opinión restringiría el ejercicio del derecho de acceder a la justicia en una etapa útil cual es la de la instrucción y en la etapa crucial: el juicio, lo cual impediría, además, apelar de la sentencia que se dictare (derecho fundamental establecido en el artículo 31 de su Constitución).

No se puede argumentar tampoco que en la justicia penal militar no cabe la acción civil por no contemplarlo expresamente el Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988). En efecto, el mencionado decreto es anterior a la Constitución de 1991, por lo cual debe ser interpretado conforme a la Carta fundamental y, en particular, a los derechos constitucionales. Ahora bien, esta Corporación ha establecido que el derecho de acceso a la justicia está profundamente relacionado con el derecho al debido proceso. Así, en sentencia C-173/93, la Corte estableció que “el acceso a la administración de justicia es inescindible del debido proceso y únicamente dentro de él se realiza con certeza”. En ese orden de ideas, si la Constitución determinó que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (art. 29 C.P.)”, sería paradójico sostener que habiéndose

ampliado el debido proceso a lo administrativo se restringiera en cuanto tocara con una expresión de la justicia penal: la militar.

Igualmente, esta Corporación ha señalado que “el artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 ídem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces **implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse** por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares.” Por eso, constituye una discriminación injustificada que quienes son víctimas o perjudicados de delitos investigados por la justicia penal ordinaria puedan acceder al proceso penal, mientras que quienes son víctimas o perjudicados de ilícitos investigados por la justicia penal militar no puedan hacerlo.

Por todo lo anterior, considera la Corte que si alguien ha sido víctima o perjudicado por un hecho investigado por la justicia penal militar, tiene derecho a acceder al proceso penal.

La manera de tener este acceso a la justicia, cuando se trata de la madre del muerto, es constituyéndose, si ella lo desea, y en el momento oportuno, como parte civil dentro del proceso penal correspondiente. Esta sería una vía adecuada para desarrollar el derecho establecido en el artículo 229 de la Constitución.

Sí apenas se está en Diligencias preliminares, no siendo el momento oportuno para la actuación de la parte civil, el acceso se restringe al derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información (arts. 23, 20 de la Constitución) o hacer solicitudes específicas pudiendo aportarse pruebas (art. 28 C.P.P. y 13 C.P.M.). Sea lo que fuere: constituirse en parte civil y/o tener acceso al expediente y aportar pruebas, forma parte del derecho a acceder a la justicia (art. 229 C.P.), y es esta una expresión válida de fortalecimiento de la justicia, la igualdad y el conocimiento (Preámbulo de la Carta).

Con mayor razón si hay incertidumbre en cuanto a lo ocurrido, y es una madre quien pide claridad; en este caso, no se la puede tratar con discriminación porque se violan los artículos 5 y 13 de la Constitución, con desmedro de la estructura familiar y dignidad tanto de la madre como de la memoria del hijo real o injustamente señalado como suicida y porque se desconocerían además del citado artículo 5, el 15 y el 21 de la Constitución.

b. El derecho a un tribunal independiente e imparcial

Preguntas

¿Cuáles son los criterios para determinar si se ha respetado el derecho a un tribunal independiente e imparcial? Para usted ¿aplica la Comisión correctamente estos criterios en los casos 11.006 y en la demanda ante la Corte Interamericana en el caso Loayza Tamayo?

Caso Herman Le Compte, Frans van Leuven and Marc de Meyere c. Bélgica
(*Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 23 de junio de 1981,*
Serie A N° 43)
[traducción no oficial]

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte (véase *Neumeister v. Austria* (N° 1) (1960) 1 EHRR 91, 132, pár. 24; *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* (N° 1) (1971) 1 EHRR 373, pár. 78; *Ringeisen v. Austria* (N° 1) (1971) 1 EHRR 45, pár. 95), el uso del término “tribunal” [en el artículo 6.1] es adecuado solamente para un órgano que satisface una serie de requisitos -- independencia del ejecutivo y de las partes en el caso, duración del mandato de sus miembros, garantías respetadas en sus procedimientos -- algunos de los cuales aparecen en el texto del artículo 6.1.

Caso Campbell y Fell c. Reino Unido
(*Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de junio de 1984,*
Serie A N° 80)
[traducción no oficial]

Para determinar si un órgano puede ser considerado “independiente” -- especialmente del ejecutivo y de las partes en el caso . . . -- la Corte ha tomado en consideración la forma de designación de sus miembros y la duración de sus mandatos . . . , la existencia de garantías contra presiones externas . . . y la cuestión de si el órgano presenta una apariencia de independencia (Véase *Delcourt v. Belgium*, 1 EHRR 355, pár. 31)

Caso Piersack c. Bélgica
(*Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 1 de octubre de 1982,*
Serie A N° 53)
[traducción no oficial]

Mientras imparcialidad normalmente denota ausencia de prejuicio o favoritismo, su existencia o inexistencia puede ser establecida, especialmente bajo el artículo 6.1 de la Convención. En este contexto, puede realizarse una distinción entre una aproximación subjetiva, esto es con el objeto de establecer la convicción personal de un juez dado en un caso específico, y una aproximación objetiva, es decir la determinación de si dicho juez ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda razonable al respecto.

En relación a la primera aproximación, la Corte señala que el peticionario se satisface en reconocer la imparcialidad personal [del juez]; no tiene ninguna razón para dudar sobre este punto y en realidad la imparcialidad personal (subjetiva) se presume hasta que exista prueba en contrario

Sin embargo, no es posible restringirse a una prueba puramente subjetiva. En esta cuestión, aún las apariencias pueden ser de importancia (véase *Delcourt v. Belgium* (1970) 1 EHRR 355, pár. 31) . todo juez en relación al cual existe una razón legítima para temer su falta de imparcialidad debe recusarse. Lo que se encuentra en discusión es la confianza que los tribunales deben inspirar en la opinión pública en una sociedad democrática.

**Informe de la Comisión de Juristas Internacionales sobre la Administración
de Justicia en el Perú - Noviembre de 1993 -**

*(Elaborado por el Profesor Robert K. Goldman (Director), Dr. León C. Arslanian,
Dr. Ferdinando Imposimato y el Dr. José Rafucci)*

CAPITULO I

B. Estándares aplicables a la independencia y protección de jueces y abogados

También nos hemos guiado en nuestro trabajo por varios instrumentos y documentos internacionales, los cuales fueron ya sea aprobados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, por conferencias promovidas por la Organización de las Naciones Unidas y/o prestigiosas organizaciones de jueces y abogados, que establecen parámetros autorizados para definir y proteger la independencia de los jueces y de otros miembros de la profesión del derecho. Estos incluyen los Principios Fundamentales de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Independencia Judicial,²⁴ los Principios Fundamentales de la O.N.U. sobre el Rol del Abogado,²⁵ la Declaración Provisional de la ONU sobre la Independencia de la Justicia²⁶ y los Estándares Mínimos sobre Independencia Judicial de la Asociación Internacional de Abogados.²⁷

Estos documentos, cuyas disposiciones citamos a lo largo de este informe, son fuentes relevantes para interpretar el sentido y aplicación práctica de los derechos de juicio justo enumerados en los tratados ratificados por el Perú. El carácter colectivo de estos principios y guías resaltan el hecho de que el goce y ejercicio de derechos básicos en cualquier sociedad se encuentran mejor asegurados y protegidos con la existencia de una rama judicial que es personalmente, institucionalmente y

24 Estos principios fueron “refrendados” por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución de la Asamblea General 40/32, 29 nov. 1985. . . .

25 Estos principios sobre el rol de los abogados fueron adoptados por consenso en el Octavo Congreso de la O.N.U. sobre la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuentes en la Habana, Cuba en septiembre de 1990. Por Resolución de la Asamblea General 45/66 de dic. 1990, la Asamblea General “dio la bienvenida a estos principios e invitó a los gobiernos a respetarlos y tomarlos en cuenta en el marco de sus legislaciones y prácticas. . . .”

26 La Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U. a través de la Resolución 1989/32 invitó a los gobiernos a que tomaran en cuenta los principios contenidos en esta declaración al implementar los Principios Básicos sobre la Independencia Judicial.

27 La Asociación Internacional de Abogados (AIA) es una federación de 124 Asociaciones de Abogados y Sociedades Jurídicas de 69 países representando aproximadamente a 2.5 millones de abogados.

funcionalmente independiente de las ramas políticas del gobierno. Ellos confirman también que dicha independencia es la mejor garantía de una justicia imparcial.

Sin embargo, ellos implícitamente reconocen que los derechos fundamentales del juicio justo pueden verse seriamente amenazados, si no denegados, a menos que los abogados defensores puedan actuar con libertad para desarrollar sus funciones sin amenazas externas, presión o intimidación. Estos principios y guías están tan fundamentalmente interrelacionados con las garantías básicas del juicio justo consagradas en instrumentos universales y regionales que el Relator de la Organización de las Naciones Unidas sobre Independencia Judicial y Protección de Abogados Litigantes, Louis Joinet, los considera declaratorios de principios generales de derecho internacional en la acepción del Artículo 38 (1) (c) de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia. . . .²⁸

....

CAPITULO III

II. Estándares aplicables que rigen la independencia judicial y la imparcialidad

Como ha sido anotado, el Pacto Internacional, la Convención Americana y el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra establecen que toda persona tiene el derecho a ser juzgada por un tribunal “independiente” e “imparcial”. Aún cuando estos términos no han sido definidos en estos instrumentos, ellos no son tan ilusorios como para no tener una definición general. De hecho, estos términos han sido estudiados en forma extensa por muchos organismos internacionales y han sido definidos y desarrollados por organizaciones intergubernamentales y organizaciones prestigiosas de abogados y jueces.

Por ejemplo, el Principio 2 de los Principios Básicos de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Independencia Judicial aborda los requerimientos de independencia e imparcialidad judicial de la siguiente manera:

Los jueces resolverán los asuntos de que 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 Declaración Provisional de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Independencia de la Justicia, también conocida como la “Declaración de Singhvi,” define el concepto de independencia en forma similar, pero adicionalmente establece que la “administración de justicia será independiente del Ejecutivo y el Legislativo.”(Artículo 4) También declara en este sentido:

Art. 5: (h) El Ejecutivo no deberá tener control sobre las funciones judiciales de las Cortes en la administración de justicia.

²⁸ Ver Informe de Joinet, preparado para la 43 Sesión de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías, E/CN.4/Sub.2/1991/30 del 25 de junio 1991, en pg.5.

- (i) El Ejecutivo no deberá poseer la facultad de cerrar o suspender las operaciones de las Cortes.
- (j) El Ejecutivo deberá abstenerse de cualquier acción u omisión que altere cualquier resolución judicial de un conflicto o frustre la ejecución apropiada de una decisión judicial.

Art.6: Ninguna ley o decreto ejecutivo podrá intentar retroactivamente revertir decisiones judiciales específicas o modificar la composición de la Corte para determinar su toma de decisiones.(traducción es nuestra)

La Asociación Internacional de Abogados en sus Estándares Mínimos de Independencia Judicial define la independencia judicial tanto en términos personales como estructurales, como sigue:

(b) Independencia personal quiere decir que los términos y condiciones del servicio judicial se encuentran adecuadamente garantizados para asegurar que jueces individualmente considerados no se encuentren sujetos al control del ejecutivo.

(c) Independencia sustantiva quiere decir que en el ejercicio de su función judicial un juez está sujeto solamente a la ley y los dictados de su conciencia.(traducción es nuestra)

El tema común en estas declaraciones es que la independencia judicial requiere libertad de ejercicio de su función respecto de la interferencia por parte de las ramas ejecutiva o legislativa en la administración de justicia. Estos estándares también reconocen el principio de inamovilidad judicial y el derecho que regula la estabilidad en el cargo como condiciones indispensables para garantizar la independencia e imparcialidad de un juez. Nosotros, por lo tanto, nos remitimos a estos parámetros autorizados para utilizarlos como guía en la interpretación del contenido práctico y el sentido de los conceptos de tribunales “independientes e imparciales” establecidos en tratados ratificados por el Perú.

Caso 11.006 (Perú)

(CIDH, Informe N° 1/95, Caso 11.006, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995)

[Notas de pie de página omitidas]

El artículo 8.1 de la Convención establece que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías ... por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...”

La Corte Interamericana ha señalado que el mencionado artículo 8 reconoce el “debido proceso legal” y lo ha definido como las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de los derechos u obligaciones que están bajo consideración judicial. Asimismo, ha afirmado que “el concepto del debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable ... a todas las garantías judiciales ...[protegidas] ... en la Convención ...”

Es doctrina reiterada de la Comisión que “la efectiva vigencia de las garantías [judiciales] se asienta sobre la independencia del Poder Judicial, derivada de la clásica separación de los poderes públicos. Esta es una consecuencia lógica que se deriva de la concepción misma acerca de los derechos humanos. En efecto, si se busca proteger los derechos de los individuos frente a las posibles acciones del Estado, es imprescindible que uno de los órganos de ese Estado tenga la independencia que le permita juzgar tanto las acciones del poder Ejecutivo, como la procedencia de las leyes dictadas, y aún los juicios emitidos por sus propios integrantes. Por lo tanto ... la efectiva independencia del Poder Judicial es un requisito imprescindible para la vigencia práctica de los derechos humanos en general”.

La posición sostenida por los denunciantes se ha visto confirmada por lo expresado por la Comisión Interamericana en su Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú al indicar que “[e]l 5 de abril de 1992, el Gobierno de Perú procedió a declarar en reorganización al Poder Judicial, al Ministerio Público y a la Contraloría General de la República. Tropas de las fuerzas de seguridad, apoyadas por tanques, ocuparon el Palacio de Justicia y los locales de otras instituciones, impidiendo el ingreso de personas a los mismos. El día 6, el Presidente de la República anunció el cese de jueces y vocales, lo cual fue ejecutado el día 9 a través del Decreto Ley 25423 que destituyó a once vocales de la Corte Suprema de Justicia; mediante el Decreto Ley 25422 se destituyó a los ocho miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales y mediante el Decreto 25424 se destituyó a los miembros de los consejos nacionales y distritales de la Magistratura ... El 8 de abril, por medio de los Decretos Leyes 25419 y 25420, se destituyó a la Contralora General de la República, al Fiscal de la Nación y se suspendió el despacho judicial y del Ministerio Público por diez días útiles, quedando sólo los jueces instructores y fiscales de turno. Por Decreto Ley 25445, del 23 de abril de 1992, se destituyeron 134 personas entre Vocales de las Cortes Superiores, Fiscales Superiores, Jueces de los Distritos Judiciales, Fiscales Provinciales y Jueces de Menores de los Distritos de Lima y Callao. El mencionado Decreto Ley excluyó de manera específica la posibilidad de que los jueces utilizaran el recurso de amparo para invalidar esa medida.”

El derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial ha sido analizado en varias ocasiones por la Comisión y por la Corte Europea de Derechos Humanos. Sobre la base de la jurisprudencia establecida se han elaborado ciertos criterios para evaluar si en un caso concreto la independencia e imparcialidad de los tribunales se han visto afectadas y si de este modo se ha privado a la víctima de la debida protección de sus derechos.

Por ejemplo, en el caso Campbell y Fell, la Corte Europea de Derechos Humanos dispuso que en la determinación de si un tribunal es independiente del Poder Ejecutivo debe considerarse el modo de designación de sus miembros, la duración de sus mandatos, y la existencia de garantías contra presiones externas.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Europea han afirmado que “la improrrogabilidad de los jueces ... es un corolario necesario de su independencia” del Poder Ejecutivo.

A los efectos de evaluar la situación del Poder Judicial en Perú, a la luz de los mencionados principios, es preciso recurrir al análisis de las normas internas que establecen la forma de designación y remoción de los magistrados.

En relación a la designación de los jueces, el artículo 245 de la Constitución Política de Perú establece que el Presidente de la República nombra a los Magistrados, a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura. El Senado ratifica los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema.

Asimismo, y en cuanto a la duración de sus mandatos, el artículo 242 de la mencionada Constitución garantiza a los magistrados la permanencia en el servicio hasta los setenta años y la inamovilidad en su cargos.

Finalmente, los artículos 183 y 184 prevén que los miembros de la Corte Suprema y del Tribunal de Garantías Constitucionales serán sometidos a un proceso de enjuiciamiento por las Cámaras Legislativas en caso de infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones.

Como ha sido señalado por los peticionarios y por la Comisión en su informe, los miembros de la Corte Suprema de Perú, del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Consejo de la Magistratura fueron cesados en sus cargos en virtud de distintos decretos emanados del Poder Ejecutivo. Asimismo, y por decisión de este Poder, otras 134 personas que ocupaban cargos judiciales como jueces de tribunales inferiores o fiscales fueron desplazados de los mismos.

Luego de la masiva destitución de magistrados, el Poder Ejecutivo procedió a designar a los nuevos jueces en virtud de distintos decretos, incumpliendo de esta forma con los procedimientos establecidos por la Constitución.

El tercer criterio esbozado por la Corte Europea indica que la independencia e imparcialidad de los tribunales debe asimismo evaluarse a partir de la existencia de garantías contra presiones externas al Poder Judicial.

La Constitución de Perú aseguraba tales garantías al proveer un sistema de controles entre los distintos poderes en la selección, designación y remoción de los magistrados (artículos 245, 242, 183 y 184). Sin embargo, con posterioridad a los hechos que tuvieron lugar el 5 de abril de 1992, el Poder Ejecutivo al “disolver” las Cámaras del Congreso y al reemplazar, sin proceso alguno, a una gran mayoría de los jueces que integraban el Poder Judicial, ha quebrado el equilibrio de poderes diseñado por la Constitución de 1979.

La mencionada situación ha eliminado, en la práctica, la separación de los poderes públicos y, como consecuencia, ha generado una concentración de funciones en el Poder Ejecutivo. Tal concentración de poderes se ha traducido en “una mayor subordinación del Poder Judicial al Poder Ejecutivo”.

Por lo tanto, considerando que los magistrados fueron destituidos sin proceso alguno y que luego fueron nombrados reemplazantes exclusivamente por decisión del Poder Ejecutivo, es razonable afirmar que en realidad no existen en Perú garantías contra presiones externas al Poder Judicial.

En tal sentido, la Comisión en su Informe Especial sobre Perú manifestó que “la ausencia de proceso en la destitución de los miembros del Poder Judicial permite pensar que los jueces que continúan en sus cargos o aquellos que han sido designados en reemplazo de los destituidos se encuentran a merced de las decisiones del Poder Ejecutivo ...”

Los razonamientos esbozados llevan a la Comisión a considerar que el Gobierno de Perú, al proceder a la remoción de un número importante de sus magistrados, entre ellos los miembros de la Corte Suprema y los del Tribunal de Garantías Constitucionales, y a la designación de nuevos magistrados omitiendo, en ambos casos, cumplir con los procedimientos especialmente previstos por sus normas constitucionales, ha comprometido seriamente la independencia e imparcialidad de sus tribunales y, con ello, ha omitido garantizar, en su jurisdicción, el debido proceso legal.

Caso Loayza Tamayo
*(Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos
presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)*
[Notas de pie de página omitidas]

a. DERECHO A SER OIDA POR UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

106. María Elena Loayza fue juzgada tanto en el Fuero Privativo Militar como en el Fuero Común por “jueces sin rostro”, carentes de la independencia e imparcialidad que exige el artículo 8, párrafo 1 de la Convención Americana.

El artículo 8 de la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída por un Tribunal Independiente e imparcial. El alcance del término independiente ha sido analizado, desarrollado y aplicado por diversos organismos internacionales.

107. La Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, ha desarrollado una jurisprudencia abundante y coherente sobre el tema. El análisis de esa práctica permite deducir que, para calificar a un órgano como tribunal independiente, deben satisfacerse ciertas condiciones tanto desde una perspectiva estructural como funcional.

Desde el punto de vista de la función, la independencia se manifiesta en la actuación exenta de cualquier tipo de presión o ingerencia, ya sea del Poder Ejecutivo o del Legislativo.

La independencia estructural puede ser evaluada a través del examen de una serie de criterios tales como:

- el método de elección de los jueces;
- el término de sus mandatos;
- la inamovilidad de los cargos;
- la preparación profesional (legal) de los jueces, y
- las incompatibilidades entre la función judicial y el ejercicio de otras funciones.

108. La imparcialidad supone que el juez o tribunal no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub-judice y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado. Para la Corte Europea la imparcialidad del juzgador se compone de elementos subjetivos y objetivos. La imparcialidad subjetiva del juez se presume en el caso concreto mientras no se pruebe lo contrario. La imparcialidad objetiva, por su parte, exige que el tribunal ofrezca las suficientes garantías que disipen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso.

109. El Decreto Ley (D.L.) 25.659, que regula el delito de traición a la patria, dispone que las personas acusadas de ese delito serán juzgadas por jueces militares. Al hacer extensiva la jurisdicción militar a civiles, la norma se encuentra en abierta contradicción con el debido respeto a las garantías de la administración de justicia y el derecho a ser juzgado por el juez natural y competente.

Sobre el respeto a las garantías de la administración de justicia la Corte Europea ha sostenido que “en una sociedad democrática”, dicho respeto ocupa un lugar preeminente y, en consecuencia, cualquier interpretación restrictiva de lo que esa Corte denomina “fair administration of justice” no se compadece con los propósitos y fines del artículo 6 (1) de la Convención [Europea].

En lo atinente al derecho a ser juzgado por el juez natural y competente huelga destacar que el Fuero Privativo Militar es una instancia especial, exclusivamente funcional, destinada a mantener la disciplina de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad y deber ser, por consiguiente, aplicable exclusivamente a las personas que integran dichas fuerzas.

110. Con referencia a este último punto la Comisión considera que el Fuero Privativo Militar no es “un tribunal competente, independiente e imparcial” según se establece el artículo 8, párrafo 1, de la Convención Americana (y el artículo 10 de la Declaración Universal) porque forma parte, de acuerdo con la Ley Orgánica de Justicia Militar peruana [Decreto Ley N° 23.201], del Ministerio de Defensa; es decir, se trata de un fuero especial subordinado a un órgano del Poder Ejecutivo.

La extensión de la jurisdicción militar a los civiles no ofrece las garantías de independencia e imparcialidad de los jueces que exige el artículo 8, párrafo 1 de la Convención. Las Fuerzas Armadas peruanas tienen a su cargo la lucha antisubversiva, de modo que son la fuerza que enfrenta a los grupos armados irregulares. Esa es su función primordial en la lucha antisubversiva. Si las Fuerzas Armadas asumen la función de juzgar a los acusados de pertenecer a esos grupos, además de traspasar su función natural, y asumir una función que corresponde al Poder Judicial, ponen en serias dudas la independencia e imparcialidad de los tribunales militares, que se convierten en juez y parte en los procesos. En muchos casos, como en el de María Elena Loayza, los procesos se llevan a cabo en períodos de tiempo tan reducidos que producen numerosas irregularidades procesales.

Por ejemplo, en el presente caso, una vez evacuado el Dictamen del Fiscal Militar sin rostro que acusaba a María Elena Loayza por el delito de traición a la patria, con fecha 5 de marzo de 1993, ese mismo día en horas de la mañana fue puesto el expediente a disposición de las partes en la Mesa de Partes Unica del Fuero Privativo Militar, pronunciándose sentencia en el curso de la tarde del mismo día.

....

112. Con respecto al anonimato de los jueces, la Comisión Internacional de Juristas que en 1993 analizó la Administración de Justicia en el Perú, expresó:

Las nociones básicas de justicia requieren, como mínimo, que el acusado en cualquier procedimiento judicial sepa quién lo está juzgando, si esta persona es competente para hacerlo, si posee el entrenamiento legal adecuado y la experiencia adecuada para asumir esta responsabilidad. El anonimato de los jueces no sólo despoja al acusado de estas garantías básicas, sino que viola su derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial desde que le es imposible recusar a un juez que está prejuiciado o parcializado.

113. La calificación del ilícito por el que se procesó a María Elena Loayza en el Fuero Privativo Militar fue efectuada por la Policía Nacional del Perú, y no por un Tribunal independiente, competente e imparcial, según consta en la respuesta del Gobierno peruano a la demanda de la reclamante que figura como ANEXO XIII al presente escrito.

Una unidad especializada de la Policía Nacional del Perú, la DINCOTE, tiene asignadas las funciones de prevenir, investigar, denunciar y combatir el terrorismo de acuerdo con el D.L. 25.744 de 27 de septiembre de 1992. Cuando la DINCOTE finaliza la investigación debe elaborar un informe ("Atestado") que remite al representante del Ministerio Público (Fiscal) quien, según el artículo 13 del D.L. 25.475 es el que denuncia el delito de terrorismo ante el juez respectivo.

114. El Ministerio Público goza, en abstracto, de las facultades necesarias para evaluar en forma independiente qué cargos serán presentados contra un detenido. Sin embargo, del examen de las denuncias de los fiscales que actuaron en el caso de María Elena Loayza, tanto en el Fuero Privativo Militar como en el Fuero Común, puede apreciarse que todos ellos se han limitado a reproducir mecánicamente los hechos y los cargos mencionados en el atestado de la DINCOTE.

....

115. Es decir que, en la práctica, la DINCOTE califica la conducta del imputado. Esta decisión tiene muchísima importancia porque la opción por una u otra figura típica determina el sometimiento del asunto a jurisdicciones distintas y a procedimientos judiciales diversos. En el caso de María Elena Loayza significó la apertura de dos procesos distintos donde se la juzgó por los mismos hechos, en violación del principio *non bis in idem*.

La calificación del tipo penal no puede quedar confiada a un organismo policial, carente de preparación técnico-jurídica, particularmente cuando dicha calificación inicial puede acarrear consecuencias significativas desde el punto de vista del procedimiento posterior. En el presente caso ello significó que la DINCOTE definiera qué Fuero, el Privativo Militar o el Común, sería competente para juzgar a María Elena Loayza.

c. El derecho de obtener una decisión en un plazo razonable

Preguntas

¿Cuáles son los criterios desarrollados por la jurisprudencia internacional para determinar si en un caso concreto se ha respetado el derecho a obtener una decisión en un plazo razonable? ¿Existe alguna diferencia entre este derecho y aquél consagrado en el artículo 7.5 de la Convención Americana (véase en este sentido el caso 11.245, en el Capítulo II de este Manual)?

Caso Genie Lacayo

(Corte I.D.H., *Caso Genie Lacayo*, Sentencia del 29 de enero de 1997,
Serie A No. 30)

77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 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 (Ver entre otros, Eur. Court H.R., *Motta* judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., *Ruiz Mateos v. Spain*, judgment of 23 June 1993, Series A No. 262).

78. Por lo que respecta al primer elemento, es claro que el asunto que se examina es bastante complejo, ya que dada la gran repercusión de la muerte del joven Genie Lacayo, las investigaciones fueron muy extensas y las pruebas muy amplias (*supra* 69) Todo ello podría justificar que el proceso respectivo, que adicionalmente ha tenido muchos incidentes e instancias, se haya prolongado más que otros de características distintas.

79. En cuanto al segundo elemento que se refiere a la actividad procesal del afectado no consta en autos que el señor Raymond Genie Peñalba, padre de la víctima, hubiere tenido una conducta incompatible con su carácter de acusador privado ni entorpecido la tramitación, pues se limitó a interponer los medios de impugnación reconocidos por la legislación de Nicaragua (*supra* 70).

80. En lo que al tercer elemento se refiere, es decir, en cuanto a la conducta de las autoridades judiciales de Nicaragua, esta Corte estima que no se han producido dilaciones excesivas en las diversas etapas del proceso, con excepción de la última fase todavía pendiente (*supra* 71), es decir, del recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia interpuesto por la parte acusadora el 29 de agosto de 1994, admitido por dicho Tribunal el 31 siguiente y que, no obstante las diversas solicitudes de las partes todavía no ha sido resuelto. Incluso considerando la complejidad del asunto, así como las excusas, impedimentos y sustitución de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el plazo de más de dos años que ha transcurrido desde la admisión del citado recurso de casación no es razonable y por consiguiente este Tribunal debe considerarlo violatorio del artículo 8.1 de la Convención. Lo hará en la parte resolutive en relación con el artículo 1.1 de la misma que es el que contiene a obligación general de respetar la Convención.

81. 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” (Motta. *supra* 77, párr. 24; Eur. Court H.R., Vernillo judgment of 20 February 1991, Series A no. 198 and Eur. Court H.R., Unión Alimentaria Sanders S.A. judgment of 7 July 1989. Series A no. 157). Aún cuando se excluyan la investigación policial y el plazo que empleó la Procuraduría General de la República de Nicaragua para formular acusación ante el juez de primera instancia, es decir, realizando el cómputo a partir del 23 de julio de 1991 fecha en que ese juez dictó el auto de apertura del proceso, hasta la actualidad en que todavía no se ha pronunciado sentencia firme, han transcurrido más de cinco años en este proceso, lapso que esta Corte considera que rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención.

Caso Guillemin c. Francia
(Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 21 de febrero de 1997,
Reports of Judgements and Decisions 1997)
[traducción no oficial]

EN RELACION A LOS HECHOS

I. Las circunstancias del caso

6. En una decisión del 7 de octubre de 1982 el alcalde del departamento de Essonne declaró de utilidad pública la adquisición de terrenos necesarios para el desarrollo de un área residencial en la comuna de Saint-Michel-sur-Orange, conocido como el proyecto de la Fontaine de l'Orme. El terreno [expropiado] incluía una parcela que pertenecía a la peticionaria y en la cual existía un edificio que servía de residencia secundaria a un miembro de su familia.

A. El procedimiento de expropiación

7. El 10 de septiembre de 1982 el alcalde de Saint-Michel-sur-Orange sometió una solicitud al juez de la expropiación, quien el 6 de diciembre de 1982 adoptó una ordenanza transfiriendo el terreno de la peticionaria a la municipalidad y fijando el monto de la compensación que debía pagársele. El 28 de marzo de 1983 la peticionaria apeló la sentencia.

8. El 28 de julio de 1983, la corporación pública de desarrollo de la nueva villa de Evry (EPEVRY), a cargo de ejecutar el proyecto, informó a la Sra. Guillemin que debería desalojar el terreno para el 14 de julio de 1983. En el mismo mes, el concejo municipal procedió a la demolición de la cerca, los edificios, la infraestructura para la provisión de servicios, el jardín de vegetales y el huerto que se encontraba en el terreno.

9. El 14 de octubre de 1983, la cámara de expropiaciones de la corte de apelación de París, resolvió el recurso de apelación de la peticionaria incrementando el monto de la compensación por la expropiación

B. La anulación de la declaración de interés público

10. El 19 de noviembre de 1982 la Sra. Guillemin había presentado un recurso ante el tribunal administrativo de Versailles. El 24 de octubre de 1985 éste anuló por abuso de poder la declaración de utilidad pública. Consideró que la utilidad pública debería haber sido declarada por decreto del Consejo de Estado y no por una decisión municipal

11. El concejo municipal apeló la decisión el 26 de diciembre de 1985 y presentó sus argumentos por escrito el 28 de abril de 1986.

Por decisión del 13 de marzo de 1989 el Consejo de Estado confirmó la decisión del tribunal administrativo. . . .

C. La anulación de las medidas de expropiación

12. La peticionaria presentó dos apelaciones ante la Corte de Casación, la primera contra la ordenanza de expropiación del 6 de diciembre de 1982, y la segunda en casación de la decisión de la corte de apelaciones de París de 14 de octubre de 1983.

En dos decisiones del 4 de enero de 1990 Corte de casación (tercera cámara civil) anuló la ordenanza de expropiación que había determinado la transferencia de la propiedad y , “en consecuencia”, anuló la sentencia de la cámara de apelaciones de París que había decidido sobre la indemnización por la expropiación. Estas decisiones fueron notificadas al concejo municipal el 22 de mayo de 1990.

D. Los recursos indemnizatorios

1. Ante la municipalidad que expropió su propiedad

13. El 20 de junio de 1990 la Sra. Guillemín solicitó, al concejo municipal, sin éxito, de ser restablecida en sus derechos o ser indemnizada

2. Ante los tribunales correspondientes

14. El 10 de noviembre y el 17 de diciembre de 1990 la Sra. Guillemín sometió una demanda ante el procurador de la República en Evry. El 11 de marzo de 1991 éste decidió no iniciar ninguna acción.

15. El 23 de diciembre de 1991 la peticionaria cuestionó ante el tribunal administrativo de Versailles la decisión implícita del concejo municipal de rechazar su solicitud. Su demanda solicitando el restablecimiento de su derechos fue acompañada por un reclamo de indemnización por daño moral y privación del disfrute de su propiedad, el cual evaluó en

16. El 13 de enero de 1992 inició un proceso contra el alcalde de Saint-Michel-sur-Orange y EPEVRY ante el *tribunal de grande instance*, a fin de obtener la demolición de los edificios construidos en su propiedad por el concejo municipal, con aplicación de penalidades periódicas (astreintes) en caso de que éstos omitieran cumplir, e indemnización por daños e intereses.

En presentación conjunta, los demandados argumentaron que la restitución de la propiedad era imposible. Esta había sido cedida a EPEVRY en vista de la creación de una urbanización y los lotes habían sido vendidos a diferentes compradores, estando los mismos en este momento edificadas y habitados.

17. El 1 de febrero de 1993 el *tribunal de grande instance* de Evry pospuso su decisión hasta que el tribunal administrativo de Versailles hubiese adoptado una decisión y reenviado el asunto a la audiencia a celebrarse el 10 de junio de 1993 ante el juez a cargo de su instrucción.

18. El tribunal administrativo celebró una audiencia el 10 de mayo de 1994 y adoptó su decisión el 24 de mayo de 1994. Consideró inadmisibles el reclamo de restitución de la propiedad sobre la base

de que “no corresponde a los tribunales administrativos ordenar la adopción de medidas a las autoridades” y decidió en cuanto al reclamo de indemnización que: “. . . que sólo corresponde a los tribunales civiles, guardianes de la propiedad privada, conocer en acciones tendientes a obtener reparación del perjuicio [que ella hubiere] sufrido como resultado de la expropiación y sus consecuencias directas.”

19. Mientras tanto, el 3 de marzo de 1994, la solicitud de la Sra. Guillemin había sido eliminada de la lista del *tribunal de grande instance* de Evry. La misma fue reincorporada a la lista nuevamente el 25 de noviembre de 1994. El 5 de enero de 1995, la peticionaria presentó nuevos alegatos solicitando indemnización.

20. En la sentencia del 23 de octubre de 1995 el *tribunal de grande instance* de Evry observó que la Sra. Guillemin había implícitamente renunciado a solicitar la demolición de los edificios situados en su terreno, y constató su derecho a ser indemnizada por la municipalidad expropiante. Pospuso la decisión sobre el reclamo indemnizatorio y ordenó un informe de un experto

21. [E]l experto presentó su informe el 29 de julio de 1996 [en el cual] evaluó el valor total [de la propiedad]

22. Los procedimientos se encuentran pendientes de decisión en el *tribunal de grande instance* de Evry.

. . . .

EN RELACION AL DERECHO

I. Violación alegada del Artículo 6.1 de la Convención

32. La Sra. Guillemin denunció la duración de la totalidad de los procesos que debió iniciar en relación a la expropiación ilegal de su bien. Alegó la violación del Artículo 6 § 1 de la Convención, el que establece:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista (...) en un plazo razonable por un tribunal (...) que decidirá (...) sobre sus derechos y obligaciones civiles (...)”

33. El Gobierno contravirtió su petición, mientras que la Comisión coincidió con ésta.

A. El período a ser tomado en consideración

34. La Corte observa que la decisión municipal declarando la utilidad pública de la adquisición de terrenos, incluido el de la peticionaria fue adoptada el 7 de octubre de 1982. El 19 de noviembre de 1982 la Sra. Guillemin demandó ante la jurisdicción administrativa solicitando la anulación de esta decisión. En casos civiles, el “plazo razonable” para los fines del Artículo 6 § 1 normalmente comienza a correr cuando la demanda es presentada ante el tribunal [correspondiente]. En el presente caso el período a considerar comenzó a correr a más tardar el 19 de noviembre de 1982.

35. En relación a la finalización del proceso, el Gobierno alega que los procedimientos indemnizatorios, iniciados por la Sra. Guillemín después de que ésta presentó su petición ante la Comisión . . . deberían ser excluidos de la consideración de la Corte en este caso. La duración total del proceso sería entonces de ocho años y dos meses.

36. Al igual que la Comisión, la Corte no acepta esta tesis. En este sentido, ha señalado consistentemente en relación a la aplicación del Artículo 6 § 1 que el período cuya razonabilidad se revisa absorbe la totalidad de los procedimientos, hasta la sentencia que decide sobre la disputa . . . En el presente caso, la resolución de la disputa, que podría haberse solucionado amistosamente, requirió la presentación de dos tipos de procedimientos: el primero en la jurisdicción administrativa, la cual sólo tiene competencia para evaluar si la utilidad pública de una expropiación es legítima, y el segundo, llevado adelante por tribunales administrativos y ordinarios simultáneamente, para asegurar a la peticionaria indemnización por la expropiación de su bien por las autoridades públicas. Los últimos procedimientos todavía se encuentran pendientes de resolución. La duración de tiempo a ser considerada entonces excede ya catorce años (19 de noviembre de 1982- 22 de enero de 1997).

37. Este lapso de tiempo aparece a primera vista irrazonable y por lo tanto requiere un examen más atento bajo el ángulo del Artículo 6 § 1.

B. La razonabilidad de la duración del proceso

38. La razonabilidad de la extensión de los procedimientos debe evaluarse a la luz de las circunstancias particulares de la causa, las que en este caso requieren una evaluación en su totalidad, y teniendo en cuenta los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte, en particular la complejidad del caso y la conducta de los peticionarios y de las autoridades competentes . . .

39. La peticionaria señaló que mientras la expropiación de su propiedad se había efectuado rápidamente, todavía no había obtenido compensación en los tribunales internos, aunque éstos habían decidido que la expropiación era ilegal y que ella en principio tenía derecho a una indemnización. Asimismo, denunció la complejidad de la ley de expropiación y en particular la falta de recursos efectivos para asegurar una compensación rápida y justa cuando la totalidad de la expropiación había sido considerada ilegal pero la restitución en especie no era posible.

40. La Comisión consideró que la mayoría de los retrasos que había observado en los procedimientos eran atribuibles al Estado.

41. El Gobierno basó sus argumentos en la complejidad inherente a los procedimientos de expropiación: toda disputa comporta en primer lugar la obligación de obtener la anulación de la declaración de utilidad pública por la jurisdicción administrativa, antes de solicitar la revocación de la ordenanza de expropiación ante un juez ordinario. Solamente cuando los tribunales de ambos procesos hayan adoptado una decisión final, puede solicitarse la indemnización del perjuicio causado por la expropiación ilegal a los tribunales ordinarios. Asimismo, alegaron que la peticionaria no podía responsabilizar a las autoridades nacionales por el retraso en los procedimientos relativos al reclamo de indemnización, el cual ella había presentado erróneamente ante el tribunal administrativo.

42. La Corte reconoce que el procedimiento de expropiación es relativamente complejo, en particular en cuanto al hecho de que cae bajo la competencia de dos jurisdicciones - la jurisdicción administrativa en relación a la legalidad de las medidas de expropiación y la ordinaria con respecto a la transferencia de la propiedad en cuestión, la evaluación de la indemnización y, en general, a los atentados contra la propiedad privada. Además, como en el presente caso, un tribunal administrativo puede tener que decidir sobre la legalidad de las etapas iniciales de los procedimientos al mismo tiempo que un tribunal ordinario tiene que considerar las consecuencias de una ordenanza de expropiación cuya legalidad ha sido cuestionada ante otro tribunal. Semejante situación puede dar lugar a decisiones contradictorias, y éste es un riesgo que la consideración pronta de los reclamos podría ayudar a disminuir. La Corte observa que la repartición de competencia entre las jurisdicciones no fue evidente para el *tribunal de grande instance* de Evry: el 1 de febrero de 1993 decidió posponer su decisión hasta que el tribunal administrativo de Versailles, que tramitaba igualmente una demanda de indemnización aunque en principio era incompetente para conocer del asunto, se pronunció el 24 de mayo de 1994 . . . La peticionaria en consecuencia no puede ser criticada por no haber presentado su demanda de indemnización ante el tribunal competente.

43. Al igual que la Comisión, la Corte entiende que además de los retrasos ocasionados por las dificultades estructurales, la Sra. Guillemin tampoco puede ser considerada responsable por otros retrasos. Los procedimientos para cuestionar la legalidad de la declaración de utilidad pública continuaron por casi tres años en el Tribunal Administrativo de Versailles y luego por tres años y casi tres meses en el Consejo de Estado, y el concejo municipal de Saint-Michel-sur-Orange a cargo de la expropiación, por su parte, presentó sus alegatos en forma tardía. Una vez que las medidas de expropiación fueron anuladas, el concejo no respondió a los reclamos de la peticionaria, y esta situación retrasó más aún la finalización del proceso. Finalmente, los procedimientos por compensación presentados en el *tribunal de grande instance* de Evry el 13 de enero de 1992 y reincorporados a la lista del tribunal nuevamente el 25 de noviembre de 1994, dos años y once meses después, se encuentran todavía pendientes de resolución; la decisión que adoptará será todavía susceptible de apelación.

44. Al igual que la Comisión, la Corte considera que la totalidad de los retrasos constatados supra exceden en sí mismos lo que podría considerarse como "razonable" en el sentido del Artículo 6 § 1 de la Convención.

45. En consecuencia, ha existido una violación de dicha disposición.

2. *Garantías mínimas del debido proceso aplicables en procesos de naturaleza penal*

**Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 8 incisos 2, 3, 4 y 5**

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 inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d. derecho del inculcado 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 inculcado 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;
 - 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 inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado 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.

-
- a. **El derecho a la presunción de inocencia (Artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**

Preguntas

¿Considera usted que la interpretación que la Comisión le ha dado al derecho a la presunción de inocencia es concordante con la jurisprudencia sobre la materia adoptada por los tribunales de su país? De acuerdo con el caso Maqueda ¿cuáles son los límites de los órganos del sistema interamericano para analizar los elementos de prueba existentes en un proceso tramitado en la jurisdicción interna de un Estado?

Caso 10.970 (Perú)

(CIDH, Informe N° 5/96, Caso 10.970, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev., 3 de abril de 1996)

Raquel Mejía ha sido procesada por la presunta comisión del delito de terrorismo en base a lo dispuesto en el Decreto-Ley N° 25475 que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio de los mismos.

El artículo 13 del mencionado Decreto, en cuanto nos concierne, señala:

Para la Instrucción y el Juicio de los delitos de terrorismo a que se refiere el presente Decreto Ley, se observarán las siguientes reglas:

- a. Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal, quien dictará Auto Apertorio de Instrucción con orden de detención, en el plazo de veinticuatro horas, adoptándose las necesarias medidas de seguridad...

...

Asimismo, las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones y cualquier otra articulación se resolverán en el principal con la sentencia.

- d. Concluida la Instrucción el expediente será elevado al Presidente de la Corte respectiva, el mismo que remitirá lo actuado al Fiscal Superior Decano; quien a su vez designará al Fiscal Superior que debe formular su acusación ...

e. Devueltos los autos con el Dictamen Acusatorio, el Presidente de la Corte Superior procederá a designar a los integrantes de la Sala Especializada para el juzgamiento, de entre otros los Vocales del Distrito Judicial, en forma rotativa y secreta, bajo responsabilidad.

h. En la tramitación de los procesos por terrorismo, no procede la Recusación contra los Magistrados intervinientes ni contra los auxiliares de justicia.

Según surge de los términos del mencionado artículo, recibida una denuncia el Juez Instructor debe dictar la apertura del proceso y ordenar la detención del imputado. De este modo, el procesamiento de una persona y aún su detención se ejecutan obligatoriamente sin establecer si existe prueba suficiente que funde la existencia de un delito y la responsabilidad del imputado en su comisión.²⁹ Asimismo, el imputado está imposibilitado de interponer en el trámite del proceso una excepción previa, por ejemplo aquella que cuestione la existencia misma del delito o la inexistencia de responsabilidad penal del acusado.³⁰ Según el artículo 13 estas excepciones se resolverán en la sentencia final, es decir luego que se haya terminado el trámite del proceso. Concluida la instrucción, el juez debe remitir el expediente a la Corte Superior, aún cuando no existan pruebas de la culpabilidad del acusado; nombrado el Fiscal Superior, éste debe formular acusación, sin necesidad de establecer si existen méritos para proseguir con el proceso. De este modo, la aplicación de esta ley en la práctica puede implicar que un individuo puede perder su libertad o ser sujeto a un proceso penal aún cuando en cualquier etapa del mismo quede establecido que no existen pruebas de su responsabilidad.

El artículo 8 de la Convención Americana establece los requisitos que deben observarse en las diversas etapas procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales.³¹ La Corte Interamericana ha señalado que:

[el 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.³²

Este artículo comprende distintos derechos y garantías que provienen de un valor o bien jurídico común y que considerados en su conjunto conforman un derecho único no definido específicamente pero cuyo inequívoco propósito es en definitiva asegurar el derecho de toda persona a un proceso justo.³³

29 El artículo 77 del Código de Procedimientos Penales establece que: Recibida la denuncia, el Juez Instructor sólo abrirá la instrucción, si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no ha prescrito. El auto contendrá en forma precisa, la motivación y fundamentos...

30 Según el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales Peruano, esta excepción se llama “de Naturaleza de Acción” y procede cuando “el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente”.

31 Corte I.D.H. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC- 9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A Nº 9, párr. 27.

32 Idem supra, párr. 28.

33 Véase Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Golder, Sentencia del 21 de febrero de 1975, Serie A., Nº18, párr. 28, en relación al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el que sustancialmente comprende los mismos derechos y garantías del artículo 8 de la Convención Americana

En este sentido, los incisos 1 y 2 del mencionado artículo prevén:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías ... por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial ... en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...
2. Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...

La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado. Para la Corte Europea, la imparcialidad del juzgador se compone de elementos subjetivos y objetivos.³⁴ La imparcialidad subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario. A diferencia, la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez **ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda** acerca de la imparcialidad observada en el proceso.³⁵

El principio de inocencia construye una presunción en favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. De este modo, para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable.

La presunción de inocencia se relaciona, en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable. Por el contrario, su responsabilidad reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta.

En este contexto, otro concepto elemental del derecho procesal penal, cuyo objeto es preservar el principio de inocencia, es la carga de la prueba. En el procedimiento penal, el onus probandi de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado. Así, la moderna doctrina sostiene que “el imputado no tiene necesidad de probar su inocencia, construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, quien condena debe construir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible”.³⁶

34 Sobre este punto la Corte Europea ha desarrollado una extensa jurisprudencia. Por ejemplo, véase Caso Piersack, Sentencia del 1 de octubre de 1982, Serie A, Nº 53, Caso De Cubber, Sentencia del 26 de octubre de 1984, Serie A, Nº 85.

35 Véase Caso Saint-Marie, Sentencia del 16 de diciembre de 1992, Serie A. Nº 253, párr. 50; Caso Piersack, Sentencia del 1 de octubre de 1982, Serie A. Nº 53, párr. 30.

36 En este sentido véase Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso 9037/80, X.v/Switzerland, decisión del 5 de mayo de 1981, D.R. 24, pág. 224.

Por lo tanto, lo esencial es que el juez que entienda en la causa esté exento de todo prejuicio en cuanto a la culpabilidad del imputado y que le conceda a éste el beneficio de la duda, es decir, que condene una vez que haya adquirido la certeza o convicción de responsabilidad penal y que, desde luego, descarte toda duda razonable de inocencia.

La Corte Interamericana ha manifestado que:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar ... la Convención. En este último caso, puede hacerlo ... dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención.³⁷

De este modo, cuando exista una ley que resulte contraria a la Convención, según la Corte:

la Comisión es competente, en los términos de...los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella...³⁸

Por lo tanto,

Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada a un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Comisión directamente al Estado (artículo 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención.³⁹

La Comisión, fundada en la atribución que le conceden los artículos 41 y 42 de la Convención y de acuerdo a la interpretación que de ella ha realizado la Corte, observa que el artículo 13 del Decreto Ley 25.475 resulta incompatible con las obligaciones asumidas por el Estado peruano al ratificar la Convención.

En efecto, según se ha señalado, el artículo 8 de la misma consagra el derecho de todo individuo acusado de un delito de gozar de un proceso justo. Este derecho, incluye entre otros, el de ser oído por un tribunal imparcial y el ser presumido inocente hasta tanto se establezca legalmente su culpabilidad.

37 Maier, Julio B. J., El derecho procesal penal argentino, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, pág. 271. En el mismo sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha señalado que la carga de la prueba, en el contexto de un proceso penal, incumbe al Ministerio Público y la existencia de duda beneficia al acusado. Véase Comisión de Derechos Humanos, Caso Austria c. Italia, Informe del 30 de marzo de 1963, Y.B. of the European Convention on H.R., vol. VI, pág. 782.

38 Corte I.D.H., Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A N° 13, párr. 26.

39 Idem supra, parte resolutive 1.

Para la Comisión el artículo 13 del Decreto Ley 25.475, con independencia de su aplicación a un caso concreto, no garantiza el derecho a un proceso justo.

En primer término, esta norma invierte la carga de la prueba y crea, en la práctica, una presunción de culpabilidad que pone sobre el imputado el onus probandi de su inocencia. En efecto, esta norma establece que el juez de instrucción debe iniciar un proceso penal y detener al imputado sólo con la existencia de una denuncia y debe remitir luego la causa al Superior, sin analizar en ambos casos si existen pruebas suficientes que ameriten el procesamiento, impide que el imputado pueda defenderse planteando cuestiones previas, aún aquellas que pretendan demostrar que no es responsable o que el delito no se ha perpetrado y finalmente genera una obligación para el Fiscal Superior de acusar al imputado, aún cuando no existan elementos de prueba suficientes que funden la acusación.

En segundo lugar, el artículo 13 no garantiza la imparcialidad del órgano juzgador. Al establecer la obligación legal de procesar y acusar, esta norma coloca al tribunal que entiende en la causa en la posición de considerar al imputado como culpable, aún antes de que valorar los elementos de prueba con los que cuenta.

Por lo tanto, la Comisión observa que el artículo 13 del Decreto Ley 25.475, al omitir garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho a gozar de un proceso justo consagrado en el artículo 8 de la Convención, resulta *per se* incompatible con la obligación consagrada en el artículo 1.1 de la misma.

En el caso de Raquel Mejía, la aplicación de esta ley en el trámite de su proceso, en concepto de la Comisión, constituye una violación de su derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial y a ser presumida inocente. En efecto, según surge de las pruebas aportadas, una vez presentada la denuncia por la presunta comisión del delito de terrorismo, el juez de instrucción abrió el proceso y dictó la orden de captura. Vencido el plazo de instrucción, se remitió el expediente al Fiscal Provincial de Lima, quien no obstante dictaminar que, en el caso de Raquel Mejía “...los indicios que dieron mérito a la formulación de la denuncia no han logrado ser sustentados hasta el momento, lo que deviene en que no se puede establecer su participación en los eventos instruidos por el momento...”, remitió el proceso a la Corte Superior. Ésta procedió a nombrar al Fiscal Supremo quien, en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 13 del Decreto Ley 25.475, acusó a Raquel Mejía por el delito de terrorismo y solicitó la pena de 20 años de prisión, sin considerar siquiera que no existía evidencia alguna de la responsabilidad penal de ésta.

Caso Guillermo J. Maqueda
*(Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos
presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)*

El artículo 8 de la Convención Americana en su inciso 2 establece:

Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su responsabilidad.

Este principio construye una presunción en favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige que “la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado”.⁴⁰

De este modo, para establecer la responsabilidad penal de un imputado el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable. La falta de certeza “representa la imposibilidad de [éste] de destruir la situación de inocencia construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución”.⁴¹ En este caso, por lo tanto, opera el principio in dubio pro reo, es decir que la duda y aún la probabilidad impide la condena y obliga al tribunal a absolver al acusado.⁴²

La presunción de inocencia se relaciona, en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable.⁴³ Por el contrario, su responsabilidad reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta.

En este contexto, otro concepto elemental del derecho procesal penal, cuyo objeto es preservar el principio de inocencia, es la carga de la prueba. En el procedimiento penal, el onus probandi de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado. Así, la moderna doctrina sostiene que “el imputado no tiene necesidad de probar su inocencia, construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, quien condena debe construir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible”.⁴⁴

40 Maier, Julio B. J., El derecho procesal penal argentino, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, pág. 257.

41 Idem., pág. 258

42 Idem., pág. 258.

43 En este sentido véase Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso 9037/80, X. v/ Switzerland, decisión del 5 de mayo de 1981, D.R. 24, pág. 224.

44 Maier, Julio B. J., cit. ut supra nota 17, pág. 271. En el mismo sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha señalado que la carga de la prueba, en el contexto de un proceso penal, incumbe al ministerio público y la existencia de duda beneficia al acusado. Véase Comisión de Derechos Humanos, Caso Austria c. Italia, Informe del 30 de marzo de 1963, Y.B. of the European Convention on H.R., vol. VI, pág. 782.

Por lo tanto, lo esencial es que el juez que entienda en la causa esté exento de todo prejuicio en cuanto a la culpabilidad del imputado y que le conceda a éste el beneficio de la duda, es decir, que condene una vez que haya adquirido la certeza o convicción de responsabilidad penal y que, desde luego, descarte toda duda razonable de inocencia.

Guillermo Maqueda fue condenado a la pena de diez años de prisión porque el tribunal llegó a la convicción de su responsabilidad como coautor del delito de asociación ilícita calificada y como partícipe secundario de los delitos de rebelión, usurpación, robo agravado, privación de libertad agravada, homicidios consumados y en grado de tentativa doblemente agravados y lesiones graves y leves.

A los efectos de establecer su responsabilidad en los delitos mencionados, el tribunal debió determinar con certeza que el imputado había actuado dolosamente, esto es que había conocido y sobre la base de dicho conocimiento había guiado voluntariamente sus acciones. En este sentido, el tribunal debió establecer, por un lado, la autoría del Sr. Maqueda en la comisión del delito de asociación ilícita calificada y, por el otro, su participación en la comisión de los delitos de rebelión, usurpación, robo agravado, privación de libertad agravada, homicidios consumados y en grado de tentativa doblemente agravados y lesiones graves y leves. La razón de esta distinción se funda en que se trata de imputaciones independientes. Aún cuando se demuestre que el Sr. Maqueda colaboró como partícipe en la comisión de los delitos de rebelión, usurpación, robo agravado, privación de libertad agravada, homicidios consumados y en grado de tentativa doblemente agravados y lesiones graves y leves, esta circunstancia, de por sí, no lo hace autor de la asociación ilícita por cuanto ésta exige la participación, no en un hecho delictivo concreto sino en la organización de una asociación cuyo fin es cometer delitos.

Como demostrará la Comisión seguidamente, el tribunal que juzgó a el Sr. Maqueda omitió establecer con certeza, es decir fundado en elementos de prueba directos o indirectos, la responsabilidad penal del Sr. Maqueda en los delitos que se le imputaban. En efecto, la sentencia de la Cámara Federal no indica que existiere prueba para fundar separadamente la culpabilidad del Sr. Maqueda como autor del delito de asociación ilícita, por un lado, y como partícipe secundario en los delitos de rebelión, usurpación, robo agravado, privación de libertad agravada, homicidios consumados y en grado de tentativa doblemente agravados y lesiones graves y leves, por el otro. En segundo lugar, el tribunal, invirtiendo la carga de la prueba, partió de la convicción de que Maqueda tuvo conocimiento y consintió participar del plan para atacar el cuartel de La Tablada. De este modo, condenó al Sr. Maqueda fundado en una presunción irrefutable de culpabilidad que, en la práctica, imposibilitó al imputado ejercer su derecho de defensa.

Consciente de la circunstancia de que el análisis del principio de inocencia se encuentra vinculado al fondo de la sentencia de un tribunal y por lo tanto, estrechamente unido a la apreciación de los medios probatorios, la Comisión desea resaltar que su objetivo no es solicitarle a la Corte que revise si la prueba, en el caso concreto, fue o no suficiente para decidir acerca de la inocencia o culpabilidad del Sr. Maqueda. El propósito de la Comisión es demostrar que el tribunal nacional condenó al Sr. Maqueda sin evaluar racional, objetiva e imparcialmente los medios probatorios en los que se fundó para alcanzar su convicción, poniendo de esa forma sobre el Sr. Maqueda la carga de probar su inocencia.

Al enunciar el principio de inocencia, la Convención no se ocupa de las reglas relativas a la valoración de la prueba. En efecto, como regla general, la cuestión de determinar si los tribunales nacionales han evaluado bien o mal la prueba queda excluida de la competencia de la Comisión y de la Corte. En todo caso, la Comisión considera que la apreciación de la prueba no puede ser censurada sino a título excepcional cuando el juez nacional deduce de los hechos conclusiones manifiestamente injustas y arbitrarias⁴⁵. Se trata de examinar la materia desde el punto de vista del acusado y verificar si se respetaron o no las garantías procesales consagradas en el artículo 8 de la Convención.⁴⁶

a. LA RESPONSABILIDAD DEL SR. MAQUEDA EN EL DELITO DE ASOCIACION ILICITA CALIFICADA

A los efectos de establecer la responsabilidad individual de Guillermo Maqueda como coautor del delito de asociación ilícita calificada, de acuerdo a los términos del artículo 210 bis del Código Penal incorporado por la Ley de Defensa de la Democracia No. 23.077,⁴⁷ el tribunal debió demostrar con certeza que el imputado:

45 En este sentido véase lo establecido por la Comisión Europea en el caso N° 7987/77, decisión del 13 de diciembre de 1979, D.R., vol. 18, pág. 31.

46 En igual sentido véase Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso Austria c. Italia, cit. ut supra nota 21, pág. 782-784.

47 El artículo 210 bis establece:

Se impondrá reclusión perpetua o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reuna por lo menos dos características:

- a. Estar integrada por diez o más individuos.
- b. Poseer una organización militar o de tipo militar.
- c. Tener estructura celular.
- d. Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo.
- e. Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país.
- f. Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad.
- g. Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior.
- h. Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

1. participó, cooperó o ayudó de algún modo en la formación o mantenimiento de una asociación ilícita;
2. conoció y consintió “tomar parte”, “ayudar” y/o “cooperar” en una asociación cuyo fin era cometer actos delictivos; y,
3. conoció y estuvo de acuerdo en que los delitos que se iban a cometer pondrían en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.

En relación al primer elemento, el tribunal omitió establecer y demostrar que el Sr. Maqueda había realizado acción alguna que constituyera participación, cooperación o ayuda en la formación o mantenimiento de la asociación ilícita. Objetivamente, el único elemento que vinculaba al imputado con los miembros de la asociación ilícita era ser un militante más del MTP. Sin embargo, ser militante de dicho movimiento no implica necesariamente ser miembro de una organización con fines delictivos por cuanto el MTP como partido político no ha sido considerado jamás una asociación ilícita en la Argentina.

El tribunal intentó demostrar el dolo del Sr. Maqueda, es decir su conocimiento y consentimiento en la participación, cooperación o ayuda a la formación o mantenimiento de una asociación con fines ilícitos, invocando los siguientes elementos:

1. el conocimiento de Maqueda de la transformación de la dirigencia del MTP en una asociación ilícita con “fines revolucionarios” cuyo objetivo central era tomar el poder por las armas; y,
2. el conocimiento del plan criminal y el haber consentido jugar el papel que en el plan se le asignaba.

i. El conocimiento del Sr. Maqueda de la transformación del carácter del MTP en una asociación ilícita

En la sentencia se presentan las pruebas que supuestamente existían para demostrar la transformación del Secretariado General del MTP en una asociación ilícita. En este sentido, se señala que:

1. La incorporación de Enrique Gorriarán Merlo al Secretariado Nacional del MTP. El tribunal asume que este hecho significó una reivindicación de las luchas revolucionarias -la lucha armada entre ellas- de la década del '70.
2. La existencia de varios documentos que reivindicaban al MTP como el continuador de las luchas revolucionarias de los años '70. Entre ellos: “Mini historia del MTP”, escrito por uno de los miembros del Secretariado Nacional, Juan Antonio Puigjané (documento manuscrito); “MRB=MTP. Aportes para la construcción de un movimiento revolucionario de base” (documento manuscrito encontrado en el domicilio particular de una de las personas que atacó el cuartel de La Tablada);

“Algunos criterios y posturas del MTP en la lucha político-ideológica” en el cual se sostiene en forma expresa esa reivindicación y continuidad (documento de carácter público); “Reunión de la Comisión Política del MTP (20-21/12/87)” (documento de carácter público); “Hipótesis de Conflicto” e “Hipótesis de Guerra” (documentos encontrados en el domicilio particular de una de las personas que participó del ataque a La Tablada).

3. La participación en la dirigencia del MTP de otros ex-militantes del ERP (Ejército Revolucionario del Pueblo)

Tanto los documentos como la incorporación del Sr. Gorriarán Merlo al Secretariado Nacional del MTP, y la participación en el mismo de otros ex-militantes del Ejército Revolucionario del Pueblo, entre otros elementos, habrían demostrado que al momento que Guillermo Maqueda comenzó a militar en dicho movimiento, en el año 1987, se estaba produciendo una transformación en el MTP de la que nacería posteriormente una asociación ilícita.

Sin embargo, es importante hacer notar que ni el carácter o contenido de los documentos, ni la participación de ex-militantes del ERP en el Movimiento Todos Por la Patria pueden constituir por sí solos elementos suficientes para sostener que existen indicios que hacen presumir el conocimiento de Guillermo Maqueda del carácter ilícito de la cúpula del movimiento ni su voluntad de seguir participando en esas condiciones.

Es fundamental resaltar que sólo dos de los documentos eran públicos, y en ellos se defendían principios e ideas que de ninguna manera podrían juzgarse como ilegales o contrarios al ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas cabe reiterar que en el año 1987, y aún después de ocurridos los incidentes de La Tablada en enero 1989, el MTP fue y continúa siendo una organización legal en la Argentina.

En este sentido el tribunal manifiesta que si bien es cierto que ninguna acción legal se entabló contra el MTP por parte del Estado argentino --no obstante la presencia de Gorriarán Merlo y de otros ex-militantes del ERP en su Secretariado-- Maqueda debió conocer los planes del grupo porque se encontraba dentro del movimiento y conocía “los dos documentos antes citados” lo que lo acercaba más a la realidad del MTP “que la población en general”.⁴⁸

De este modo el tribunal infiere que un simple militante como el Sr. Maqueda debió haber discernido una posible transformación en el MTP a partir del conocimiento de dos documentos y del pasado “revolucionario” de algunos de sus miembros. Según el tribunal, el Sr. Maqueda debía discernir lo que el Estado, cuya responsabilidad es velar por la seguridad de la Nación, aparentemente no pudo discernir.

El argumento presentado no prueba que el Sr. Maqueda haya conocido de la transformación del MTP en una asociación ilícita sino más bien muestra la equivocada presunción de culpabilidad construida por el tribunal. En efecto, si había varias posibilidades que se podían inferir de la prueba utilizada

48 Causa “Maqueda, Guillermo José...”, *cit. ut supra*, nota 16, pág. 20

por el tribunal y éste elige aquella que inculpa al Sr. Maqueda, lo hace en violación del principio de presunción de inocencia. Dicho principio le exige al tribunal, como se señala más arriba, que en caso de probabilidad, y aún de duda, siempre debe optar por la inocencia del acusado.

Otro ejemplo donde la Cámara Federal elige una posibilidad que lo inculpa es en donde infiere que de la participación en el MTP, Maqueda previó o pudo prever la posibilidad de la lucha armada. En este sentido, señala:

El postular al MTP como continuador de esas luchas revolucionarias no era una propuesta inocente.... la inquietud y un mínimo debate sobre el significado exacto de esa continuidad histórica no debieron faltar **en alguien que rechazara la lucha armada** que debía representarse, cuanto menos como una hipótesis⁴⁹.

El argumento del tribunal en el que funda el indicio del conocimiento y participación del Sr. Maqueda se basa en el siguiente silogismo: El MTP reivindica las luchas revolucionarias del pasado; y el Sr. Maqueda es miembro del MTP; si bien el Sr. Maqueda no conoce los planes específicos del grupo; su ideología y pertenencia a una organización como el MTP crean un indicio de que el Sr. Maqueda conoce **los planes específicos de un subgrupo con planes secretos dentro de dicho movimiento**.

Este argumento presenta un salto lógico en el razonamiento del tribunal porque ni la ideología del Sr. Maqueda ni su participación en el MTP tienen la capacidad de probar que éste conociera y consintiera en participar en un plan criminal secreto.

Posteriormente, fundado en este indicio que presuntamente establecía la responsabilidad del Sr. Maqueda, el tribunal expresó:

Por ello [refiriéndose al indicio construido], **entiendo** que no fue sincero el procesado cuando se mostró ignorante acerca de la transformación producida en el seno del Movimiento Todos por la Patria a fines del año 1987.⁵⁰

El tribunal tenía la obligación de dar por probada la responsabilidad criminal del Sr. Guillermo Maqueda y no de suponerla. Reconociendo la insuficiencia de su razonamiento, el tribunal inmediatamente señaló :

...adentrándome ...en lo que resulta la participación criminal del procesado -de la cual lo dicho "supra" [el argumento construido en relación al conocimiento de Maqueda] sólo podría considerarse un indicio equívoco...⁵¹

⁴⁹ *Idem*, pág. 18.

⁵⁰ *Idem*, pág. 20.

⁵¹ *Idem*, pág. 21.

En conclusión, el tribunal no probó el conocimiento por parte del Sr. Maqueda, de la supuesta transformación del carácter del MTP en una asociación ilícita y su voluntad de participar en ésta sino que invocó una serie de presupuestos en obvia violación de la garantía de la presunción de inocencia para justificar la condena del Sr. Maqueda.

ii. El conocimiento del plan criminal por parte de Guillermo Maqueda

A efecto de probar la participación criminal del imputado, en tanto lo dicho hasta ese momento era insuficiente, el tribunal analizó la organización y los fines del MTP. Así, a partir de varios documentos tales como “MRB=MTP. Aportes para la construcción de un movimiento revolucionario de base”, “Sobre los cuadros y la organización”, “Hipótesis de Guerra” e “Hipótesis de Conflicto”, el tribunal pretendió demostrar las particularidades organizativas del grupo, el nivel de homogeneidad que marcaba a sus militantes y los fines ilícitos a los que respondía esa estructura.

Sobre la base de esos elementos, el tribunal razonó que:

si la dirigencia del MTP -que formaba ya una asociación ilícita-consideraba a Maqueda entre sus huestes era porque lo valoraba como potencial partícipe del grupo a la hora de emprender las acciones; si Maqueda asumió la participación que le cabría en el plan ...convirtió... en realidad esa potencia ya que...el nivel de homogeneidad y concientización que los dirigentes exigían a los militantes, no permite suponer que afrontarían su hora más crucial apoyados por ingenuos, timoratos o indecisos.⁵²

A juicio de la Comisión este razonamiento adolece de dos problemas que señalaremos a continuación. El primero es que si “la dirigencia” consideraba al Sr. Maqueda entre “sus huestes”, es decir como un miembro de la “asociación ilícita”, ello no demuestra, en modo alguno, el dolo del Sr. Maqueda, es decir que: conocía y consentía en participar en dicha asociación ilícita. Como la misma sentencia señaló anteriormente, los indicios de su conocimiento sobre la transformación de la dirigencia del MTP en una asociación ilícita eran dudosos. La duda sobre su conocimiento de Maqueda no se transforma en certeza por el solo hecho que “la dirigencia” lo consideraba uno de los suyos. Por otro lado, la presunción de su participación en el plan de la asociación ilícita es una mera afirmación dogmática que no se funda en ningún elemento de prueba.

En este punto, la obligación del tribunal era establecer, sin lugar a duda razonable, el dolo del Sr. Maqueda. En otros términos debía probar que Maqueda efectivamente había conocido y consentido ser parte de un plan criminal. A este respecto el tribunal señala que:

⁵² *Idem*, pág. 29.

...el plan de esa asociación ilícita era de una magnitud tal que obliga a descartar la candidez de sus ejecutores. Nadie que posea el pleno ejercicio de sus facultades mentales acepta tomar parte en un concierto delictivo que se inicia en la toma de una unidad militar y termina, tras una serie indeterminada de ilícitos, en el arrebato del Poder Ejecutivo Nacional, si no está consustanciado con cuanto los ideólogos proponen, a ningún desprevenido se le realiza una invitación de este tipo y nadie, por más incauto que sea, presta su consentimiento y realiza su aporte a esa empresa con la inocencia de quien es sorprendido en su buena fe.⁵³

De este modo, lo que debía constituir la prueba se transforma más bien en una afirmación sobre lo que se quería probar. En síntesis, si lo que se quería demostrar es que el Sr. Maqueda era parte de la asociación ilícita y, en consecuencia, de un plan para tomar el poder por medio de las armas, no se puede partir de la afirmación de que el Sr. Maqueda era un ejecutor, parte de un concierto delictivo, un invitado a participar en una acción de este tipo, descartándose así su “candidez”, su falta de prevención e indicando su “consustanciación con cuanto los ideólogos proponen”. De este modo, los argumentos del tribunal no sólo manifiestan que la responsabilidad del Sr. Maqueda se prueba con la afirmación de que éste es responsable sino que, en la práctica, se invierte la carga de la prueba poniendo al acusado en la obligación de probar su inocencia.

Frente al argumento de la defensa en cuanto a que el tribunal no debía analizar lo que la dirigencia tenía en miras al confeccionar y difundir los documentos, sino que el análisis debía ceñirse a lo que el Sr. Maqueda pudo inferir de ellos, el tribunal manifestó que “[t]oda actividad conjunta que se realiza en función de una finalidad determinada tiene una organización y ella se estructura con el objeto de un más acabado cumplimiento de la finalidad”.⁵⁴ Para continuar razonando que si un partido político busca tomar el poder por las armas, la organización debe ser establecida de una forma especial, porque en caso contrario su cuadro o militante no sería útil a la finalidad propuesta. Aparentemente, según surge del lenguaje de la sentencia, los militantes formados en el MTP se educaban con homogeneidad, disciplina y verticalidad, para que en caso que el partido decidiera tomar las armas, respondiesen de acuerdo a su formación. En esta lógica, el Sr. Maqueda era un militante que había recibido esa formación; por lo tanto, siendo convocado actuó de acuerdo a la misma.

Este razonamiento permitiría inferir que entonces todos los militantes del MTP, de acuerdo a su formación, eran potenciales criminales, esto es, se estaría frente a un partido político que efectivamente se estaba preparando para tomar el poder por las armas pero, sin embargo, el Estado no intentó jamás una acción legal para detener sus planes. Este razonamiento es desestimado por el tribunal cuando afirma:

⁵³ *Idem*, pág. 30.

⁵⁴ *Idem*, pág. 31.

“No niego con esto ... la existencia de militantes con objetivos democráticos pero no se contó con ellos en la actividad ilícita del 23 de enero...”⁵⁵, y

[l]a homogeneidad, disciplina, verticalidad, etc. exigidas a los militantes no llevan rectilíneamente a La Tablada, pero quienes fueron convocados respondieron de acuerdo a su formación...”⁵⁶

Esta aclaración del tribunal resulta contradictoria con sus propios razonamientos: si la homogeneidad, disciplina y verticalidad con que eran formados los militantes del MTP como Guillermo Maqueda permitía afirmar que se los preparaba para tomar las armas contra el Gobierno Nacional, como es posible que el tribunal pueda, asimismo, afirmar que había militantes democráticos? La pregunta que corresponde hacerse es si lo que se intenta significar es que algunos militantes, entre ellos Guillermo Maqueda, eran entrenados especialmente. Si ésta es la idea, el tribunal omitió probarlo.

El tribunal finalmente concluye que: como Guillermo Maqueda conocía documentos y personas que postulaban al MTP como continuador de la luchas democráticas de los '60 y '70, y también conocía otra documentación sobre la homogeneidad, verticalidad, lealtad y sacrificio que se exige al militante revolucionario, todo ello en el contexto de una agrupación que pretendía reeditar la lucha armada, podía inferir la responsabilidad en el procesado. La importancia de estos elementos probatorios se restringe cuando posteriormente la misma sentencia señala que:

las...exposiciones del Defensor podrían generar duda sobre la comprensión que Maqueda pudo dar a todo ello abriéndose así la posibilidad de error...”⁵⁷

El tribunal manifiesta que si bien las circunstancias mencionadas pueden poner en duda la responsabilidad del Sr. Maqueda, el dolo en la comisión de los delitos de los que se le acusa se prueba “inequívocamente” con su concurrencia a la reunión celebrada en la fábrica de lonas el día anterior a los sucesos de La Tablada y con su posterior presencia en los alrededores del cuartel.⁵⁸

En este punto el tribunal confunde las figuras delictivas que está probando. En principio debe establecer el dolo del Sr. Maqueda en la comisión del delito de asociación ilícita calificada para lo cual su concurrencia a La Tablada no es determinante. En segundo lugar, debe demostrar la responsabilidad penal del acusado como partícipe secundario en los delitos que se cometieron como consecuencia del ataque al cuartel. La concurrencia del Sr. Maqueda al cuartel de La Tablada el 23 de enero, adquiere relevancia cuando el tribunal debe analizar esta segunda imputación.

La Comisión a continuación expondrá el análisis efectuado por la Cámara Federal para probar el dolo de Maqueda en la comisión del delito de asociación ilícita calificada.

⁵⁵ *Idem*, pág. 32.

⁵⁶ *Idem*, pág. 32.

⁵⁷ *Idem*, pág. 34.

⁵⁸ *Idem*, pág. 34

iii. El dolo del imputado en la comisión del delito de asociación ilícita

Guillermo Maqueda concurrió a una reunión el 22 de enero de 1989 con otros militantes del MTP incluido el Sr. Francisco Provenzano. Sin embargo, el solo hecho de participar en dicha reunión no configura prueba alguna del conocimiento del Sr. Maqueda sobre los planes de la dirigencia de este partido, la que el día posterior atacó el Regimiento de La Tablada. Justamente, a los efectos de comprobar el dolo del acusado, el tribunal debió demostrar que el Sr. Maqueda tomó conocimiento del mencionado plan y consintió en participar de los hechos que tuvieron lugar el 23 de enero de 1989.

El tribunal sustentó la presunción del dolo de Guillermo Maqueda en la siguiente premisa:

[en la reunión del 22 de enero], como se concluyera en la sentencia [en la causa 231], **Francisco Provenzano expuso los detalles del plan criminal, prestando su libre participación quienes al día siguiente concurrieron a los cuarteles de La Tablada**; ello se desprende de la negativa a concurrir de Claudio Mussa por no compartir lo propuesto por Provenzano y de la declaración indagatoria oportunamente prestada por Faldutti, quien dijo que, luego de su exposición, Provenzano ofreció la libertad de elección señalada.⁵⁹

De este modo, nuevamente el tribunal intentó demostrar la responsabilidad penal del Sr. Maqueda partiendo del supuesto de que éste ya era responsable. Así, en la práctica, el tribunal invirtió la carga de la prueba y puso al Sr. Maqueda en la posición de demostrar que en la reunión del 22 de enero no se mencionó ataque armado alguno y que, en consecuencia, en ningún momento consintió en participar del mismo.

Guillermo Maqueda manifestó en su indagatoria, que desde hacía un tiempo el MTP manejaba la información sobre la probabilidad de un nuevo alzamiento militar que devendría en un golpe de estado. En este sentido señaló que en la reunión del 22 de enero el dirigente Francisco Provenzano corroboró la información sobre la proximidad del golpe de estado, fijándole en esta ocasión día, hora y lugar. Asimismo agregó que para impedirlo, el grupo allí reunido debía concurrir al cuartel, donde se encontraría con otro contingente para iniciar una movilización popular a la que debían lograr que se sumaran los vecinos de la zona. En el marco de la situación política existente en la Argentina para el año 1989, tanto la posibilidad de un golpe de estado como la necesidad de organizar una manifestación pública pacífica para impedirlo no eran irracionales. Con anterioridad a los hechos de La Tablada y aún con posterioridad, en diciembre de 1990, el llamado “movimiento carapintada” había organizado numerosas sublevaciones desafiando el orden constitucional. En todas ellas, las manifestaciones espontáneas de repudio de los ciudadanos fueron críticas para abortar las sublevaciones.

Sin embargo, el tribunal consideró que las explicaciones de Guillermo Maqueda eran “insuficientes” e “incongruentes” como para otorgarles relevancia jurídica en el proceso.

⁵⁹ *Idem*, págs. 35 y 55.

En su esquema de razonamiento, el tribunal partió de una presunción irrefutable de culpabilidad, según la cual en la noche del 22 de enero, el dirigente Francisco Provenzano habría expuesto los detalles del plan criminal; luego, analizó las explicaciones del Sr. Maqueda y las consideró como insuficientes para destruir la presunción de culpabilidad que había establecido inicialmente. El Sr. Maqueda debía probar su inocencia en lugar del tribunal probar su culpabilidad. En la práctica, el Sr. Maqueda se vio imposibilitado de hacer valer adecuadamente su derecho a la defensa.

El resto de los indicios mencionados por el tribunal se fueron acomodando perfectamente a la presunción de culpabilidad establecida inicialmente. Por ejemplo, el tribunal llama la atención acerca de que la importancia de la exposición del dirigente Provenzano no se compadecía con su brevedad, vaguedad, o con el hecho que éste no dijo ni nadie preguntó cual sería la actividad que desarrollaría el MTP orgánicamente, sus dirigentes, la posición que asumirían el resto de los partidos políticos, organizaciones gremiales u organismos de derechos humanos para enfrentar el alzamiento, o cómo haría el grupo que integraba el Sr. Maqueda para identificar a aquél con el que debían encontrarse sino se conocían entre sí, carecían de distintivos u otro elemento identificatorio ni tampoco sabían el lugar donde se encontrarían. Es evidente que estos indicios no son suficientes para establecer con certeza el dolo del imputado.

En conclusión, el tribunal no estableció, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad de Guillermo Maqueda como autor del delito de asociación ilícita calificada. En primer término no pudo demostrar con certeza que el imputado conoció que el Secretariado Nacional del MTP había devenido en una asociación ilícita. En segundo lugar, condenó al Sr. Maqueda sin comprobar que éste conoció y consintió participar de un plan criminal cuyo objetivo final era tomar el poder por las armas. El tribunal construyó el dolo de Maqueda a partir de una afirmación dogmática en la cual invirtió la carga de la prueba, poniendo al imputado en la posición de destruir una presunción casi irrefutable de culpabilidad.

b. LA RESPONSABILIDAD DEL SR. MAQUEDA EN LOS DELITOS DE REBELION, USURPACION, ROBO AGRAVADO, PRIVACIÓN DE LIBERTAD AGRAVADA, HOMICIDIOS CONSUMADOS Y EN GRADO DE TENTATIVA DOBLEMENTE AGRAVADOS Y LESIONES GRAVES Y LEVES

La Comisión considera que, en cuanto a la participación secundaria de Guillermo Maqueda en la comisión de los delitos de rebelión, usurpación, robo agravado, privación de libertad agravada, homicidios consumados y en grado de tentativa doblemente agravados y lesiones graves y leves, el tribunal que lo juzgó debió establecer que:

1. había un plan del autor principal de alzarse en armas, en relación a la rebelión, con previa aceptación de la posibilidad de usurpar, robar, privar de la libertad, matar y lesionar;
2. el Sr. Maqueda como partícipe conoció y consintió en colaborar con los hechos ilícitos del autor.

El tribunal tenía probado, a partir de la causa no. 231 "Abella, Juan Carlos y otros", que existía un plan premeditado del autor principal de alzarse en armas, usurpar, robar, privar de la libertad, matar y lesionar. Asimismo, se dio por probado que la responsabilidad criminal del Sr. Maqueda se generó

porque concurrió a La Tablada el 23 de enero de 1989, a los efectos de cumplir el rol que se le había asignado en el plan criminal. Finalmente, el tribunal aparentemente construyó el dolo del Sr. Maqueda como partícipe secundario en la comisión de estos delitos a partir de haber establecido que el Sr. Maqueda, en la reunión del día anterior al asalto tomó conocimiento del plan de alzarse en armas y estuvo de acuerdo en participar en éste, desde su rol de “agitador”, consintiendo además que se robara, privara de libertad, lesionara y/o matara personas.

El tribunal no estableció que el Sr. Maqueda tenía conocimiento del plan criminal la noche del 22 de enero, en la fábrica de lonas. Al no haberse establecido con certidumbre este extremo, tampoco se puede dar por probado que el imputado participó en grado de complicidad en la comisión de los otros delitos. La sola concurrencia del Sr. Maqueda a La Tablada, no pudo llevar al tribunal a la conclusión que el dolo estaba probado. Debía, además, dar por probado el elemento cognoscitivo y volitivo.

El Sr. Maqueda negó en todo momento haber concurrido a La Tablada a cumplir un plan criminal. Por el contrario, en su indagatoria manifestó que una vez que arribaron a las afueras del cuartel, fueron sorprendidos por el enfrentamiento militar, lo que le impidió llevar a cabo su tarea movilizadora e hizo poner en duda lo que realmente sucedía. El y quienes lo acompañaban ignoraban si se trataba del alzamiento militar previsto que había devenido en un choque de fracciones opuestas del ejército o, como refirió algún vecino, de un grupo de civiles armados que había irrumpido en el cuartel.

El tribunal, además de dar por probado el conocimiento y consentimiento de Maqueda, se valió asimismo de una serie de indicios para construir su participación secundaria en los mencionados delitos. Entre otros:

1. El Sr. Maqueda no se fue de vacaciones con sus padres, porque se esperaba un nuevo intento de levantamiento militar y no quería distanciarse en esas circunstancias; sin embargo, tanta preocupación no se compadeció con el hecho que no concurrió al local del MTP la semana anterior a los hechos de “La Tablada” ni tuvo reuniones con otros militantes de ese partido.
2. Luego de haber descartado la existencia de un golpe de estado, el Sr. Maqueda presumió que si el ataque era el resultado de un grupo de civiles armados, éstos podrían ser miembros del MTP;
3. A pesar del cambio de circunstancias, el Sr. Maqueda no intentó comunicarse con los dirigentes de su partido aún cuando su ausencia en los alrededores del cuartel debía haberle resultado injustificada;
4. Luego de retirarse de las inmediaciones del cuartel, el Sr. Maqueda no regresó a su casa esa noche permaneciendo con personas presuntamente desconocidas.

Si bien la Convención no prohíbe, en principio, estas presunciones, por cuanto presunciones de hecho y de derecho existen en todos los sistemas legales, los Estados partes en la misma, a fin de respetar el principio de inocencia, deben aplicarlas únicamente dentro de límites razonables, es decir tomando en consideración la importancia de los derechos que están en juego y fundamentalmente respetando la garantía de un efectivo derecho de defensa.⁶⁰

De este modo, en una causa penal, para destruir la presunción de inocencia construida por la ley, le incumbe al Estado presentar indicios abundantes y convincentes.⁶¹ Una suma de presunciones aisladas no alcanzan para establecer, fuera de toda duda razonable, la responsabilidad criminal de un acusado.

En el caso concreto de Guillermo Maqueda, el tribunal no demostró con certeza el conocimiento y consentimiento del imputado ni ofreció indicios abundantes y convincentes que permitiesen destruir la condición de inocencia del acusado. Todos los elementos con los que contaba el tribunal solo alcanzaban para establecer una probabilidad de la responsabilidad de Maqueda. En esta circunstancia, por lo tanto, aplicando el principio *in dubio pro reo*, la condena de Maqueda por su presunta participación secundaria en los delitos de rebelión, robo agravado, privación de libertad agravada, homicidios consumados y en grado de tentativa doblemente agravados y lesiones graves y leves, fue infundada y, en consecuencia, contraria a las garantías procesales protegidas en el artículo 8 de la Convención.

-
- b. **El derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección. Obligación del Estado de proporcionar un abogado si el inculpado no se defendiese por sí mismo ni nombrase defensor (artículo 8.2 incisos d y e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**

Preguntas

¿Considera usted que el respeto de esta garantía se satisface con la sola designación de un defensor de oficio? ¿Cómo interpretaría usted “proporcionar” en el contexto del artículo 8.1? ¿Incluye la obligación de proveer asistencia legal gratuita en caso de indigencia? A su criterio, la Corte en la OC-11 ¿extiende la aplicación de esta garantía a otros procesos además de los penales?

60 En este sentido véase la jurisprudencia de la Corte Europea en el Caso Salabiaku, Sentencia del 7 de octubre de 1988, Serie A. no. 141, párr. 28.

61 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, OEA/Ser.L/V/II. 53, doc. 25, 30 junio de 1981, pág. 88.

Caso Artico c. Italia
(Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 13 de mayo de 1980,
Serie A N° 37)
[traducción no oficial]

A. RESUMEN DE LOS HECHOS DEL CASO

El peticionario, quien había estado preso por el delito de fraude, solicitó y obtuvo la designación de un abogado de oficio para su apelación a la Corte de Casación. Sin embargo, desde el comienzo, el abogado designado rechazó actuar en favor del primero. A pesar de numerosas solicitudes, el peticionario no pudo asegurar la designación de un abogado de oficio diferente, y en consecuencia, no tuvo representación en su primera apelación, la que fue rechazada . . . Ante la Comisión, el peticionario alegó que la omisión [del Estado] de proveerle asistencia legal en su primera apelación violaba el artículo 6 (3) (c) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

.

B. CUESTIONES SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

31. El peticionario alega la violación del Artículo 6 (3) (c) de la Convención, el cual establece:

Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a las siguientes garantías mínimas:

. . .

(c) a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección o, si no tiene suficientes medios para pagarlo, de obtener asistencia legal gratuita cuando el interés de la justicia así lo requiera

. . .

. . .

32. El párrafo 3 del artículo 6 contiene una enumeración de aplicaciones específicas del principio general establecido en el párrafo 1 del mismo. Los diferentes derechos, de los cuales una lista no exhaustiva aparece en el párrafo 3, reflejan algunos de los aspectos de la noción de un juicio justo en procesos penales . . . Cuando se analiza el cumplimiento del párrafo 3, el objetivo fundamental de dicho derecho no debe olvidarse ni debe ser separado de sus orígenes.

33. . . . El Sr. Artico (el peticionario) alega ser víctima de la violación [del derecho consagrado] en el artículo 6 (3) (c). El Gobierno, por su parte, considera que dicha obligación ha sido respetada [en el caso] mediante la designación de un abogado de oficio, señalando que lo que sucedió con posterioridad a ello no es un problema de la República de Italia. A su criterio, aunque el Sr. Della Rocca rechazó la tarea que se le había confiado . . ., continuó hasta el final y “para todo objeto” siendo el abogado del peticionario. Para el Gobierno, en resumen, el Sr. Artico se quejaba de la omisión de [el Estado] de designarle un abogado sustituto, pero esto implicaba reclamar un derecho que no se encontraba garantizado.

La Corte recuerda que la Convención no tiene por objeto garantizar derechos teóricos o ilusorios sino derechos que sean prácticos y efectivos; particularmente en el caso del derecho de defensa, dado el lugar prominente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática, del cual el primero deriva . . . Como el Delegado de la Comisión enfatizó correctamente, el artículo 6 (3) (c) habla de “asistencia” y no de “designación”. Por lo tanto, la mera designación [de un abogado] no garantiza una asistencia efectiva ya que éste puede morir, caer seriamente enfermo, ser prevenido de participar por un período determinado o evadir sus obligaciones. Si son notificadas de la situación, las autoridades deben remplazarlo u obligarlo a cumplir con sus responsabilidades. La adopción de la posición restrictiva del Gobierno conduciría a resultados irrazonables e incompatibles con las palabras del sub-párrafo (c) y de la estructura del artículo 6 en su conjunto; en muchos casos la asistencia legal gratuita puede demostrar no tener ningún valor.

En el presente caso, el Sr. Artico nunca obtuvo los servicios del Sr. Della Rocca. Desde el principio, el abogado señaló que estaba incapacitado para actuar. Invocó en primer lugar la existencia de otros compromisos y luego su estado de salud . . . No le corresponde a la Corte determinar la relevancia de dichas excusas. [Sin embargo] al igual que la Comisión, considera que el peticionario nunca recibió asistencia legal efectiva ante la Corte de Casación . . .

34. El sub-párrafo (c) del artículo 6 (3) reconoce el derecho dependiendo [del cumplimiento] de dos condiciones. Mientras en el presente caso no existe discusión sobre la primera condición - - que la persona acusada del delito no contaba con suficientes medios - - el Gobierno niega que la segunda condición no haya sido satisfecha: a su criterio, el “interés de la justicia” no requería que el Sr. Artico recibiera asistencia legal gratuita . . .

....
[Para la Corte, en este caso] el interés de la justicia requería de efectiva asistencia [legal] . . . Un abogado calificado hubiera sido capaz de clarificar los argumentos presentados por el Sr. Artico . . . Por otro lado, solamente un abogado hubiera podido contrarrestar los alegatos del fiscal, obligando a la Corte de Casación a celebrar una audiencia para discutir detalladamente, entre otras cosas, la cuestión [de la prescripción de la acción].

35. El Gobierno objeta que esta conclusión es una pura conjetura. A su criterio, para que se configure una violación del artículo 6 (3) (c), la falta de asistencia legal debe perjudicar concretamente a la persona acusada de un delito.

La Corte señala . . . que el Gobierno solicita lo imposible ya que no puede probarse fuera de toda duda que un sustituto del Sr. Della Rocca hubiera alegado la prescripción y convencido a la Corte de Casación, cuando el peticionario no tuvo esa posibilidad. Sin embargo, en las circunstancias particulares del caso parece posible que lo hubiera logrado. En todo caso, no hay nada en el artículo 6 (3) (c) que indique que la prueba [requerida por el Gobierno] sea necesaria; y una interpretación que introduzca este requisito privaría al derecho de toda sustancia. En términos generales, la existencia de una violación es concebible aún en la ausencia de daño (*Marckx v. Bélgica*. . .); la existencia de un perjuicio es relevante únicamente en el contexto del artículo 50 (el cual regula la reparación en caso de violación de una norma de la Convención).

....

En la realidad, el Sr. Artico intentó persistentemente rectificar la situación: multiplicó sus quejas y solicitudes tanto a su abogado de oficio ... como a la Corte de Casación . . . [U]n Estado no puede ser responsable por cada error del abogado designado para proveer asistencia legal pero, en las circunstancias particulares [del caso], correspondía a las autoridades italianas competentes garantizar que el peticionario ejercitara efectivamente [su] derecho. Las autoridades tenían dos posibilidades abiertas: reemplazar al Sr. Della Rocca o, si correspondía, obligarlo a cumplir con sus responsabilidades . . . Ellos eligieron una tercera opción --- permanecer pasivos --- cuando el cumplimiento con la Convención requería una acción positiva de parte del Estado . . .

37. La Corte, por lo tanto, concluye que se han violado los requisitos del artículo 6 (3) (c).

Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos

(Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana Sobre Derechos Humanos)

(Corte I.D.H., Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11)

23. La protección de la ley la constituyen, básicamente, los recursos que ésta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, los cuales, a la luz de la obligación positiva que el artículo 1.1 contempla para los Estados de respetarlos y garantizarlos, implica, como ya lo dijo la Corte el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175).

24. Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. Este artículo distingue entre acusación[es] penal [es] y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Aún cuando ordena que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal en ambas circunstancias, estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas garantías mínimas. El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal.

25. Los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculpado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según

la legislación interna. En estos términos, un inculpaado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que ésto es válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales. Pero como no ordena que la asistencia legal, cuando se requiera, sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente.

26. Hay que entender, por consiguiente, que el artículo 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado.

27. Aun en aquellos casos en los cuales un acusado se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo.

28. En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso.

29. Naturalmente que no es la ausencia de asistencia legal lo único que puede impedir que un indigente agote los recursos internos. Puede suceder, incluso, que el Estado provea asistencia legal gratuita, pero no los costos que sean necesarios para que el proceso sea el debido que ordena el artículo 8. En estos casos también la excepción es aplicable. Aquí, de nuevo, hay que tener presentes las circunstancias de cada caso y de cada sistema legal particular.

30. En su solicitud la Comisión indica que ha recibido ciertas peticiones en que la víctima alega no haber podido cumplir con el requisito de agotar los remedios previstos en las leyes nacionales al no poder costear servicios jurídicos o, en algunos casos, el valor que debe abonarse por los trámites. Al aplicar el análisis precedente a los ejemplos que la Comisión propone, debe concluirse que si los servicios jurídicos son necesarios por razones legales o de hecho para que un derecho garantizado por la Convención sea reconocido y alguien no puede obtenerlos por razón de su indigencia, estaría exento del requisito del previo agotamiento. Lo mismo es válido si nos referimos a los casos en los cuales hay que pagar alguna suma para realizar los trámites, es decir que, si para un indigente es imposible depositar tal pago, no tendrá que agotar tal procedimiento, a menos que el Estado provea mecanismos distintos.

31. La primera pregunta hecha a la Corte por la Comisión no es, desde luego, si la Convención garantiza o no el derecho a asistencia legal como tal o en razón de la prohibición de discriminación basada en la situación económica (art. 1.1). Se refiere más bien a preguntar si un indigente puede acudir directamente a la Comisión para obtener la protección de un derecho garantizado, sin haber agotado primero los recursos internos. Visto lo expuesto, la respuesta a esta pregunta es que si un indigente requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos. Este es el sentido que tiene el artículo 46.2, leído a la luz de las disposiciones de los artículos 1.1, 24 y 8.

c. El derecho de recurrir un fallo ante tribunal superior (artículo 8.2 inciso h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Preguntas

¿Cuál es el alcance del derecho de recurrir un fallo ante tribunal superior de acuerdo a la interpretación que le otorga la Comisión en el caso Maqueda? ¿Se encuentra el “derecho de recurrir ante tribunal superior” garantizado en las normas constitucionales de su país? Si ello no es así ¿aplicaría directamente el artículo 8.2.h de la Convención para reconocerlo (véase caso Gioldi)? ¿Coincide usted con la conclusión en el caso Arce en el sentido de que el artículo 8.2.h. sólo reconoce el derecho de recurrir del fallo en favor del acusado?

Caso Guillermo J. Maqueda

*(Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos
presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)*

Un aspecto esencial derivado del principio del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o que dicho gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal.⁶² El debido proceso legal carecería de una eficaz protección jurídica, sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de recurrir de la sentencia ante una instancia superior.

Para el análisis del presente caso, es preciso subrayar que la Constitución Argentina no divide ni multiplica instancias, ni adjudica competencias entre los tribunales federales. Por lo tanto, en principio, las causas de jurisdicción federal pueden ser reguladas por ley del Congreso con instancia única o múltiple. En la práctica, la garantía constitucional del debido proceso y la defensa en juicio

⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 24/92, OEA/Ser.L/V/II.82, Doc. 20, 2 de octubre de 1992, párr.30.

no supone la doble instancia.⁶³ Si bien la doble instancia no constituye, por sí misma, requisito constitucional, cabe señalar que la Convención Americana, al ser aprobada por Ley 23.054 y ratificada por el Estado de Argentina el 5 de septiembre de 1984, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución Nacional.⁶⁴

El artículo 8.2.h de la Convención Americana establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías:...h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (la versión en inglés dice textualmente: “the right to appeal the judgment to a higher court”).

En el caso sub judice, Guillermo Maqueda sólo tuvo una oportunidad de ser oído y de presentar su caso. El Sr. Maqueda fue juzgado con arreglo a las disposiciones procesales de la Ley 23.077. Dicha ley crea un procedimiento penal especial que, a diferencia de todo otro proceso penal vigente en Argentina, no contempla apelación ni recurso amplio ante ningún tribunal de alzada. Sin embargo, se permite la interposición del Recurso Extraordinario previsto en el artículo 14 de la Ley 48.

El Gobierno argumentó ante la Comisión que la Ley 23.077 no priva a los acusados de los medios esenciales para asegurar sus derechos. Según el Gobierno, “resulta menester consignar que el procedimiento adoptado por la Ley 23.077 responde a la más moderna técnica legislativa recogiendo a nivel internacional sobre la implementación del juicio oral, el que normalmente por la inmediatez significa la posibilidad de celebrar las audiencias en forma pública, se tramita en instancia única”.

Sin perjuicio de reconocer las garantías que, en general, ofrece el juicio oral el derecho del inculpado de un delito de recurrir del fallo a una instancia superior es fundamental para garantizar el derecho de defensa, máxime cuando se trata de imputaciones graves--como los cargos contra Guillermo Maqueda--que acarrear penas irreparables de privación de libertad. La oportunidad de recurrir a una segunda instancia en el proceso penal refuerza, asimismo, la protección en contra del error judicial, del cual es víctima el Sr. Maqueda.

El Gobierno sostuvo ante la Comisión que el régimen de única instancia es el único compatible con los principios de oralidad, inmediatez y libre valoración de la prueba. Sin embargo, las ventajas de un juicio oral y público no absuelven la importancia del derecho de recurrir del fallo para una revisión de la legalidad y razonabilidad de la sentencia. El juicio oral es sólo la primera etapa del procedimiento penal que visto dentro del conjunto de las etapas que constituyen el proceso penal, debe ajustarse a los presupuestos del debido proceso y al derecho a un juicio justo consagrados en el artículo 8 de la Convención Americana.

63 Véase Bidart Campos, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo II, EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1992, página 324. La Comisión toma nota que según el Profesor Bidart Campos el artículo 8 de la Convención Americana exige la doble instancia en el proceso penal y no sólo ante tribunales federales sino también provinciales.

64 In Re Causa “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, E. 64, XXIII, Sentencia del 7 de julio de 1992, considerando 15o.

El Gobierno también argumentó que el Sr. Maqueda tuvo oportunidad de revisar el fallo por vía del artículo 14 de la Ley 48, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la interposición de un Recurso Extraordinario. Sin embargo, los hechos del caso comprueban que no se abrió el Recurso Extraordinario en el caso del Sr. Maqueda. La Corte Suprema rechazó el Recurso de Queja por denegación del Recurso Extraordinario ante la Cámara Federal.

Para evaluar si el Sr. Maqueda pudo o no ejercer el derecho consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención es preciso examinar dos cuestiones jurídicas de importancia: la primera es determinar cuáles son las características del recurso que contempla el derecho de apelación consagrado en el artículo 8.2.h; y la segunda es examinar si el Recurso Extraordinario satisface estas características.

I. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO ANTE UN JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR

Es importante destacar que la Convención Americana, a diferencia de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, es el único instrumento internacional que consagra el derecho de apelación. Se entiende que este recurso es un medio establecido en favor del inculcado para proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de criticar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía, y de la aplicación correcta de la ley penal.

En el régimen de la Convención el artículo 8 junto con el artículo 25 **"constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales."**⁶⁵ Cabe destacar que **"las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho."**⁶⁶ El artículo 25.1 de la Convención incorpora el principio reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos.⁶⁷ Para que tal recurso exista, la Convención requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación de los derechos establecidos en la Convención y proveer lo necesario para remediarla.⁶⁸ La Honorable Corte ha dicho que:

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.⁶⁹

65 Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-9/87, cit. ut supra nota 1, párr. 30.

66 Corte I.D.H. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 CADH), párr. 25.

67 Corte I.D.H. Opinión Consultiva OC-9/87, cit. ut supra 1, párr. 24.

68 *Idem*, párr. 24.

69 *Idem*, párr. 24.

Además, el artículo 8.2.h se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formalmente. En este sentido, desde un punto de vista formal, el recurso de apelación a que se refiere la Convención debe examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas.

De lo expuesto surge que el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso de revisión que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluyendo la legalidad de la prueba y que permita con relativa sencillez al tribunal de revisión examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso.⁷⁰

Cabe analizar a continuación si el Recurso Extraordinario previsto en la Ley 23.077 satisface dichos requerimientos a fin de establecer si ese recurso constituye un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el artículo 8.2.h de la Convención.

2. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

El Recurso Extraordinario, en el ordenamiento jurídico argentino, es excepcional y se limita al fuero federal. Como tal, no es una instancia que se añade a cada juicio, sino que funciona como una instancia nueva pero reducida y parcial que se limita a la materia federal del caso sub judice. En última instancia, el Recurso Extraordinario existe para asegurar la supremacía constitucional.

En general, la Corte Suprema de Justicia interpreta de manera restringida la aplicación del Recurso Extraordinario. En su denegación del Recurso de Hecho presentado por el Sr. Maqueda por denegación del Recurso Extraordinario por la Cámara Federal, la Corte Suprema explicó que:

Por lo demás, lo relativo a la valoración de las pruebas y la existencia del dolo en la conducta de Maqueda constituyen cuestiones de hecho, derecho común y procesal, que han sido resueltas por el a quo con suficientes fundamentos de tal naturaleza, sin que corresponda al Tribunal analizar esas discrepancias **dado el carácter restringido del recurso** (énfasis añadido).⁷¹

70 Véase Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos No. 26/86, OEA/Ser.L/V/II.67, 18 abril 1986; Informe No. 24/92, OEA/Ser.L/V/II.82, 2 octubre 1992.

71 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Denegación de Recurso de Hecho, 17 de marzo de 1992, pág. 2 (Anexo 5).

En el sistema legal argentino la arbitrariedad de la sentencia es considerada materia federal y por ende susceptible de revisión sólo por Recurso Extraordinario. Cabe notar, como ya se ha dicho, que este recurso es interpretado restrictivamente y como consecuencia no se considera la arbitrariedad de la sentencia porque sea errónea, o pueda discutirse en sus fundamentos.⁷²

Como explicó la Cámara Federal en su denegación del Recurso Extraordinario presentado por el Sr. Maqueda:

la doctrina de la arbitrariedad tiene carácter excepcional e impone un **criterio particularmente restrictivo** para analizar su procedencia. Lo contrario importaría abrir una tercera instancia ordinaria en los casos en que las partes consideran equivocadas o desacertadas las resoluciones de los jueces en la causa, lo que resulta ajeno a la naturaleza del recurso o en situaciones que se vinculen con la selección e interpretación de las pruebas y la aplicación del derecho que hubiese hecho de alzada...por ello este instituto sólo queda expedito en aquellas hipótesis en que la decisión, por carecer de fundamentos, merezca ser descalificada como acto judicial.⁷³

De lo expuesto se entiende que el Recurso Extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema.⁷⁴ Teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema sostiene que el Recurso Extraordinario no abarca la revisión del procedimiento y que la doctrina de la arbitrariedad impone un criterio particularmente restrictivo para analizar su procedencia, en la práctica, el Recurso Extraordinario no permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la idoneidad y legalidad de la prueba, ni permite examinar la validez de la sentencia recurrida con relativa sencillez. Un recurso de extensión, limitada y extraordinaria y de restringida procedencia no satisface la garantía del inculpado a impugnar la sentencia.

En las circunstancias de este caso en particular, el Recurso Extraordinario no constituyó un instrumento efectivo para garantizar el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (en la versión en inglés “the right to appeal the judgment to a higher court”) protegido en el artículo 8.2.h. porque, como comprueban los hechos, el Sr. Maqueda no tuvo oportunidad de recurrir a un juez o tribunal superior para impugnar la sentencia de la Cámara Federal.

Por lo expuesto, la Comisión considera que el Recurso Extraordinario, el único recurso disponible contra sentencias dictadas de acuerdo al procedimiento que establece la Ley 23.077, no satisfizo los presupuestos consagrados en el artículo 8.2.h. Por ende, la aplicación del procedimiento penal especial establecido por la Ley 23.077, en el caso de Guillermo Maqueda, constituyó una violación de su “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (“the right to appeal the judgement to a higher court”) como lo exige dicho artículo de la Convención.

72 Bidart Campos, *cit. ut supra* nota 40, pág. 323.

73 Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Denegación del Recurso Extraordinario, 25 de octubre de 1990, pág. 1.

74 Bidart Campos, *cit. ut supra* nota 40, pág. 324.

Caso Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación
(Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 7 de abril de 1995- Argentina)

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de la Capital Federal condenó a Horacio David Girolodi a la pena de un mes de prisión en suspenso, como autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa. Contra dicho pronunciamiento, la defensora oficial interpuso recurso de casación.

Sostuvo, en cuanto al fondo del litigio, que la sentencia del tribunal oral violaba la garantía de la defensa en juicio. Consideró, además, a fin de fundar la admisibilidad del mencionado recurso, que era inconstitucional el límite impuesto por el artículo 459, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación, por contrariar lo dispuesto en el artículo 8º, inc. 2º, ap. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que otorga a toda persona inculpada de delito el derecho "...de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

2º) Que la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala I) rechazó el planteo de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declaró inadmisibile el recurso de casación. Para llegar a ese resultado, el a quo invocó, en lo que interesa, el caso "Jáuregui" (Fallos: 311:274), en el que esta Corte resolvió que el requisito de la doble instancia judicial en materia penal quedaba satisfecho con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48. Contra el pronunciamiento de la Cámara de Casación, la defensa interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

.

5º) Que la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (artículo 75, inciso 22, segundo párrafo), entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su ya recordado artículo 8º, párrafo 2º, inciso h, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho "de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

6º) Que en virtud de lo expuesto corresponde determinar si dentro del ordenamiento procesal penal existen el órgano y los procedimientos para dar adecuada satisfacción a la garantía constitucional antes invocada. En ese sentido, la inexistencia de recursos en la ley de rito ha conducido al a quo a sostener que la sentencia del tribunal oral era susceptible del recurso extraordinario ante esta Corte, sobre la base del precedente "Jáuregui" (cit.).

7º) Que en el caso antedicho, el Tribunal consideró que el requisito previsto en el ya señalado artículo 8º, párrafo 2º, inciso h, de la Convención se hallaba satisfecho por la existencia del recurso extraordinario federal ante este Tribunal

Sin embargo, las reglas y excepciones que en aquella época determinaban la competencia apelada de la Corte Suprema sufrieron modificaciones a partir de la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774, que otorgó al Tribunal la facultad de rechazar, por la sola aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

8º) Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como “garantía mínima” para “toda persona inculpada de delito” (artículo 8º, párrafo 2º, apartado h, de la Convención).

9º) Que, asimismo, las reformas introducidas por las leyes 23.984 y 24.050 respecto de los distintos órganos judiciales que conforman los “tribunales inferiores” de la justicia nacional (artículo 75, inciso 20, de la Ley Fundamental), incluyeron la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Esta circunstancia modificó la organización del Poder Judicial de la Nación existente para la época en que fue fallado el caso “Jáuregui” -que no contemplaba un “tribunal intermedio” entre la Corte Suprema y las Cámaras Nacionales o Federales de Apelación-. La Cámara Nacional de Casación Penal ha sido creada, precisamente, para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad -y aún de revisión- de las sentencias que dicten, sobre los puntos que hacen a su competencia, tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en lo correccional.

10º) Que lo expuesto determina que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8º, inc. 2º, ap. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.

11º) Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2 ley 23.054).

12°) Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte, “garantizar” implica el deber 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. Por consiguiente, 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 (opinión consultiva no. 11/90 del 10 de agosto de 1990 - “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”- párrafo 34). Garantizar entraña, asimismo, “el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (ídem., párrafo 23).

13°) Que síguese de lo expresado, que la solución que aquí se adopta permite, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado Nacional a la vez que salvaguarda la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales “intermedios” en esa esfera, creados para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado (Fallos: 308:490, considerando 5o., con cita del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, período de 1901, Congreso Nacional, Buenos Aires, 1961).

Caso Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación
(Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de octubre de 1997- Argentina)

Considerando:

1) Que contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal no. 15 que condenó a Jorge Daniel Arce y a Pablo Armando Miranda o José Antonio Gramajo a las penas de cinco y seis años de prisión respectivamente, la señora fiscal ante dicho tribunal interpuso recurso de casación mediante el cual contravirtió la aplicación del art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto impide al Ministerio Público deducir ese recurso cuando, como en el caso, se da alguna de las situaciones previstas en los incs. 1o. ó 2o. de esa norma.

2) Que la Cámara Nacional de Casación Penal declaró erróneamente concedido el recurso de casación y resolvió, con apoyo en precedentes de ese tribunal, que era de aplicación el límite establecido por el art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación, asimismo dispuso que la Convención Americana sobre Derechos Humanos - que consagra la garantía de la doble instancia- no ampara a quien ejecuta la acción penal como órgano del Estado (fs. 639/641) en tanto tiene como finalidad principal asegurar la plena vigencia y el respeto de los derechos fundamentales referentes al ser humano. Contra esa decisión el representante del Ministerio Público interpuso recurso extraordinario con fundamento en que el Pacto de San José de Costa Rica no lo excluye del ámbito de protección y en cuanto consideró violadas las garantías del debido proceso y de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional).

....

4) Que esta Corte entendió en el caso “Giroldi”, -Fallos: 318:514- que la forma más adecuada para asegurar la garantía constitucional del derecho de recurrir ante un tribunal superior era declarar la inconstitucionalidad del art. 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda al imputado la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena. Resta ahora analizar si la garantía antes invocada -consagrada en el Pacto de San José de Costa Rica- es aplicable al Ministerio Público.

5) Que la reforma constitucional de 1994 en su art. 75, inc. 22, segundo párrafo otorgó jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual dispone “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:...derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (art. 8o., párrafo 2 , inc. h).

6) Que en primer término cabe analizar cuál es el sentido de la voz “persona” enunciada en el art. 8 , párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A tal fin es válido recurrir al Preámbulo y al art. 1 del citado ordenamiento los cuales establecen que “persona” significa todo ser humano. En tales condiciones es de aplicación al caso la pauta de hermenéutica que establece que cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación (Fallos: 218:56). Por otra parte, las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes. En este sentido la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe servir como guía para la interpretación de esta Convención, en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (confr. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y art. 2 ley 23.054), dispuso: “los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, párrafo 29).

7) Que, asimismo, cabe indagar cuál es el alcance del art. 8o., párrafo 2 , inc. h, consagrado en el instrumento antes citado. Entre los acuerdos internacionales enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, figura el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicho instrumento

trae luz sobre la cuestión planteada desde dos perspectivas. Primero en cuanto que los tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como formando un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. En segundo término porque el citado pacto ha sido utilizado como instrumento preparatorio de la Convención Americana, lo cual conduce a utilizarlo como medio de interpretación según lo ha establecido esta última (confr. art. 29 inc. d) y la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (confr. art. 32). Así el Pacto emanado del seno de las Naciones Unidas establece “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 prescripto por la ley” (confr. art. 14, inc. 5). Por lo expuesto, de la conjunción de ambas normas surge que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho.

8°) Que el recurrente tacha de inconstitucional el art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto no le concede al Ministerio Público el derecho de recurrir por vía de casación. Al analizar esta argumentación, es preciso señalar que el derecho a la doble instancia no reviste jerarquía constitucional. En este sentido, existe reiterada jurisprudencia de esta Corte que afirma que el adecuado respeto a la garantía del debido proceso sólo exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias que las leyes procesales reglamentando esta garantía constitucional, establezcan según la naturaleza de las causas . . . Esta regla ha quedado limitada por la reforma constitucional de 1994, que consagra expresamente el derecho del inculpado de “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (confr. Art. 8°, párrafo 2°, inc. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por consiguiente es voluntad del constituyente rodear a este sujeto de mayores garantías sin que sea posible concluir que esta diferencia vulnere la Carta Magna, pues es una norma con jerarquía constitucional la que dispone tal tratamiento.

9°) Que por otra parte no es ocioso señalar que el Estado -titular de la acción penal- puede autolimitar el ius persecuendi en los casos que considere que no revisten suficiente relevancia como para justificar su actuación . En tales condiciones, el fiscal debe ejercer su pretensión en los términos que la ley procesal le concede. Por ello, no puede considerarse inconstitucional la limitación de la facultad de recurrir del Ministerio Público cuando se verifique un supuesto como el previsto por el art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación en la medida en que, particulares circunstancias del sub lite, no se ha demostrado que se haya afectado la validez de otras normas constitucionales.

10) Que corresponde desestimar el agravio del recurrente referente a que la situación creada a partir de la declaración de inconstitucionalidad del art. 459 del Código Procesal Penal de la Nación en el caso “Giroldi” vulnera el derecho de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional). Ello es así, porque las partes en el proceso penal no persiguen intereses iguales. En efecto, lo que caracteriza al proceso penal es la ausencia de un permanente antagonismo, propio del proceso civil. Ello deriva del carácter público de la pretensión que persigue el Ministerio Público, la cual muchas veces puede coincidir con el interés particular del imputado, pues su función es la reconstrucción del orden jurídico alterado. Así lo ha entendido el representante de la República Argentina, doctor José María

Ruda, en la discusión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “la ley debe conceder idénticas garantías a todos los que se encuentran en la misma situación ante los tribunales en materia criminal, los derechos del Procurador General no son iguales que los del acusado. Todos los individuos deben ser objeto de igual protección, pero no son iguales ante los tribunales, ya que las circunstancias varían en cada caso” (confr. Trabajos preparatorios del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, Asamblea General, tercera comisión, decimocuarto período de sesiones, art. 14 de proyecto, 24 de noviembre de 1959).

11) Que en virtud de lo señalado, cabe concluir que en el presente caso se ha respetado el derecho a la igualdad consagrado en nuestra Constitución con el alcance que desde antaño le ha otorgado este Tribunal, “el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones ó privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurientes la ley según las diferencias constitutivas de ellos” . . .

12) Que, por último, resta considerar el agravio del recurrente en cuanto a que el mantenimiento del límite legal para recurrir podría generar de la misma sentencia dos tribunales superiores distintos, según si el apelante fuera el fiscal o el imputado, con las consecuencias que ello provocaría. Esta argumentación constituye una afirmación prematura o meramente conjetural. En efecto, la procedencia de remedio federal exige un agravio concreto y actual . . . y dado que el presente recurso se basa en consideraciones generales sin contener una mínima referencia a las constancias de la causa que permitan inferir que en autos se ha configurado una situación de tal naturaleza, corresponde desestimar este planteo pues no reviste interés jurídico suficiente para justificar la intervención de esta Corte.

d. Principio *non bis in idem* (doble enjuiciamiento)(artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Preguntas

¿Cuáles son los criterios establecidos por el artículo 8.4 para determinar si el principio *non bis in idem* ha sido respetado en un caso concreto? ¿Considera usted que la definición de este principio en la legislación interna de su país se ajusta a los criterios previstos en la Convención Americana? Compare el artículo 8.4 de la Convención Americana con el artículo 14. 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “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”.

Caso Loayza Tamayo

(Corte I.D.H., Caso Loayza Tamayo, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie A No. 34)

66. En cuanto a la denuncia de la Comisión sobre violación en perjuicio de la señora María Elena Loayza Tamayo de la garantía judicial que prohíbe el doble enjuiciamiento, la Corte observa que el principio de *non bis in idem* está contemplado en el artículo 8.4 de la Convención en los siguientes términos:

.....

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

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.

67. En el caso presente, la Corte observa que la señora María Elena Loayza Tamayo fue procesada en el fuero privativo militar por el delito de traición a la patria que está estrechamente vinculado al delito de terrorismo, como se deduce de una lectura comparativa del artículo 2, incisos a, b y c del Decreto-Ley No.25.659 (delito de traición a la patria) y de los artículos 2 y 4 del Decreto-Ley No. 25.475 (delito de terrorismo).

68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la “propia Policía (DINCOTE)”. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.

69. El Juzgado Especial de Marina, en sentencia de fecha 5 de marzo de 1993, que quedó firme después de haberse ejercido contra la misma los recursos respectivos, absolvió a la señora María Elena Loayza Tamayo del delito de traición a la patria y agregó que “apareciendo de autos evidencias e indicios razonables que hacen presumir la responsabilidad... por delito de Terrorismo, ilícito penal tipificado en el Decreto-Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, procede remitir copia certificada de todos los actuados policiales y judiciales al Fiscal Provincial de Turno... a fin de que conozcan los de la materia y proceda conforme a sus atribuciones legales...”.

70. La Corte no acepta la afirmación del Estado en el sentido de que la sentencia de 5 de marzo de 1993 no hizo otra cosa que “inhibirse al conceptuar que los actos que se imputan a María Elena Loayza Tamayo no constituyen delito de traición a la patria sino de terrorismo [ya que] el término de absolución que utilizó la Justicia Militar... no se equipara a lo que realmente puede entenderse

del significado de esa palabra...". En dicha sentencia, que resolvió un proceso seguido también contra otras personas, el mencionado Tribunal utilizó, refiriéndose a algunas de ellas, la frase "se inhibe del conocimiento del presente caso con respecto a...". Si la intención judicial hubiera sido la de limitar su pronunciamiento a un asunto de incompetencia, habría empleado idéntica fórmula al referirse a la señora María Elena Loayza Tamayo. No fue lo que hizo, sino que, al contrario, usó la expresión "absolución".

71. La Comisión presentó copias de varias sentencias dictadas por los tribunales militares para demostrar que, cuando este fuero se considera incompetente para conocer un caso similar, utiliza el concepto jurídico de "inhibición". Textualmente, en una de ellas, el Consejo de Guerra Especial de Marina resolvió "[su i]nhibitoria... en favor del Fuero Común debiendo remitirse los actuados al Señor Fiscal Provincial en lo Penal de Turno por constituir los hechos del delito de Terrorismo, a fin de que se pronuncie conforme a sus atribuciones; y los devolvieron".

72. La Corte observa que el Juez Instructor Especial de Marina, al absolver a la señora María Elena Loayza Tamayo y a otros procesados, dictó una sentencia, con las formalidades propias de la misma, al expresar que lo hacía: "Administrando Justicia a nombre de la Nación, Juzgando las pruebas de cargo y de descargo con criterio de conciencia y a mérito de la facultad concedida en el artículo primero del Decreto Ley veinticinco mil setecientos ocho y artículo primero del Decreto Ley veinticinco mil setecientos veinticinco, concordante con la Ley Constitucional de fecha seis de enero de mil novecientos noventitrés". Además, decidió "sin lugar el pago de reparación civil", que sólo procede cuando se absuelve a una persona y no cuando se declare una incompetencia.

73. Por cuanto, en las sentencias firmes pronunciadas por los tribunales militares y ordinarios en relación con la señora María Elena Loayza Tamayo no se precisan los hechos sobre los cuales se fundamentan para absolver en primer lugar y condenar luego, es necesario acudir al atestado policial y a las acusaciones respectivas para identificarlos.

74. Ante la jurisdicción militar los citados hechos se consignan de manera imprecisa en el Atestado Ampliatorio No. 049-DIVICOTE 3-DINCOTE de 25 de febrero de 1993 y, concretamente, en la parte relativa de la acusación formulada por el Fiscal Militar ante el Juzgado Especial de Marina el 4 de marzo de ese año, se le imputa a la señora María Elena Loayza Tamayo que

[era integrante] del Departamento de Socorro Popular del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, conformando la 'Célula de Dirección', y [era] responsable de la elaboración de los planes de acción para cada campaña o período determinado, así como de la dirección, supervisión, control y abastecimiento logístico de los destacamentos y milicias que ejecutan las diversas acciones terroristas.

...

Asimismo se ha determinado que María Elena LOAYZA Tamayo, alias 'Rita' [es autora] del delito de Traición a la Patria y se encuentra comprendid[a] en el Decreto Ley 25.659 por los siguientes argumentos

-Por haber efectuado acciones a favor de la organización terrorista del Partido Comunista del Perú
-Sendero Luminoso con empleo de armas de fuego y artefactos explosivos.

-Por pertenecer a la organización terrorista del PCP-SL con nivel dirigenal 'Comunista', 'Mando político', 'Mando Militar', 'Activistas Combatientes', lo que se corrobora con sus manifestaciones, actas de reconocimiento, documentación incautada.

-Por pertenecer a un grupo dedicado a realizar 'Aniquilamiento' de diferentes personas y como tal encargados de seleccionar los objetivos, planificación y ejecución de dichas acciones...

-Por haber demostrado en todo momento que tienen preparación ideológica e importancia dentro de la organización terrorista, al negar en todo momento su vinculación o aceptar lo mínimo para aparentar y demostrar coartadas a fin de evadir o atenuar su responsabilidad penal, que es característica en los componentes de esta agrupación, exponiendo su cinismo y fanatismo para de ese modo conservar su 'regla de oro' (secreto y no delatar), conforme a sus principios doctrinarios.

-Se ha llegado a establecer que los inmuebles en donde realizaban reuniones para planificar, coordinar, retransmitir directivas, evaluar las acciones, efectuar balances y para el adoctrinamiento Ideológico-Político son los siguientes:

El inmueble de María Elena Loayza Tamayo, alias 'Rita', en donde residían en forma clandestina Nataly Mercedes Salas Morales alias 'Cristina' y Vilma Uda Antaurco alias 'Mónica'...

75. Ante la jurisdicción común la instrucción se inició mediante auto dictado por el 43° Juzgado Penal de Lima, el 8 de octubre de 1993, el cual se apoyó en el mismo atestado policial ampliatorio. Dicho auto, en la parte pertinente sostuvo que

existiendo evidencias de la comisión del delito de terrorismo contra los referidos encausados; a que se les atribuye a los denunciados formar parte del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso-que para la consecución de sus fines utilizan medir, terroristas...

Igualmente en dicho auto se requirió a la DINCOTE que remitiera los documentos, manifestaciones policiales y anexos al atestado policial mencionado, entre éstos las manifestaciones de la señora María Elena Loayza Tamayo, la notificación de su detención, su ficha biográfica, el acta de registro domiciliario de su residencia y los documentos que en ésta fueron incautados.

76. La Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra "absolución", sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.

77. De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana.

Caso 11.006 (Perú)

(CIDH, Informe N° 1/95, Caso 11.006, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995)

El artículo 8 de la Convención Americana en su inciso 4 consagra la garantía del non bis in idem al establecer que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

Del análisis de la letra del mencionado artículo surge que los elementos constitutivos del principio, bajo la Convención, son:

1. el imputado debe haber sido absuelto;
2. la absolución debe haber sido el resultado de una sentencia firme; y
3. el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación de la primera acción.

A los efectos de la aplicación de este principio al caso concreto es preciso analizar el significado de los conceptos “imputado absuelto” y “sentencia firme” en el marco del sistema de protección de los derechos humanos creado por la Convención Americana.

La Convención Americana al establecer “imputado absuelto” implica a aquella persona que luego de haber sido imputada de un delito ha sido declarada exenta de responsabilidad, ya sea porque la absolución se produzca por haberse demostrado su inocencia, por no haberse probado su culpabilidad o por haberse determinado la falta de tipificación de los hechos denunciados.

La Comisión considera que la expresión “sentencia firme” en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, “sentencia” debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y “sentencia firme” como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada.

Dentro del marco de la interpretación dada al texto del artículo 8 inciso 4 de la Convención Americana, corresponde determinar en esta instancia si en el caso en concreto existió un pronunciamiento firme en el cual se eximiese de responsabilidad al ex-Presidente Alan García.

El artículo 77 del Código de Procedimiento Penal peruano establece:

Recibida la denuncia, el Juez Instructor **sólo** abrirá la instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no ha prescrito... Si considera que no procede la acción expedirá un auto de NO HA LUGAR...

De este modo, del texto de la norma transcrita surge que para el caso de que uno de los elementos requeridos no esté presente, el juez declarará la no apertura de la instrucción por no proceder la acción.

A diferencia de otros supuestos de desistimiento de la denuncia --por razones de carácter procesal, por ejemplo--, cuando la declaración de no apertura de la instrucción se funde en la inexistencia de tipificación penal de los hechos denunciados, la resolución que así lo establezca adquirirá el carácter de inmutable. En efecto, para el caso que un tribunal declare en una oportunidad que un individuo no está sujeto a la pretensión punitiva del Estado por inexistencia de tipificación penal de los hechos denunciados, no será posible que luego otro tribunal, invocando los mismos hechos, pueda sostener que son constitutivos de delito. Esta decisión, agotados los recursos previstos por la ley, adquirirá además carácter de inimpugnable, es decir que no podrá ser sujeta a modificación ya sea en el mismo procedimiento o en otro posterior.

En el caso de Alan García, como ya ha sido señalado supra, el Vocal Supremo Instructor --cumpliendo el rol de un juez instructor-- declaró la no apertura de la instrucción y ordenó el archivo definitivo de la causa fundado en la falta de tipificación penal de los hechos denunciados. Contra dicha decisión fueron interpuestos los recursos previstos por la ley. Una vez denegados por improcedentes, el mencionado auto procesal adquirió el carácter de definitivo por efecto del principio de cosa juzgada.

Si bien la Convención explícitamente se refiere a la prohibición de la iniciación de un nuevo juicio --en virtud de los mismos hechos--, una interpretación literal de su texto nos llevaría a admitir que la transgresión del principio de cosa juzgada por medio de la reapertura de un proceso finalizado no se consideraría una violación del artículo 8 inciso 4. De este modo, se sentaría la posibilidad de que un Estado parte en la Convención pudiera interponer recursos extemporáneos y de esta forma reiniciara la persecución penal de un individuo absuelto con anterioridad.

Por el contrario, la Comisión entiende que la protección consagrada en el artículo 8 inciso 4 se extiende implícitamente a casos en los cuales la reapertura de una causa produce los efectos de reaver cuestiones de hecho y de derecho pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Como han señalado los reclamantes, la confirmación del auto de no apertura de la causa y de su archivo definitivo tuvo lugar en el mes de enero de 1992 mediante la decisión de la Corte Suprema de rechazar, por infundados, los recursos de queja --por denegación del de nulidad-- interpuestos por la Procuraduría General y el Ministerio Público. El 15 de julio de 1992, es decir seis meses después, el Procurador General interpuso un nuevo recurso de nulidad que fue resuelto favorablemente por la Corte Suprema el 23 de noviembre de 1992. Dicho tribunal resolvió anular todo lo actuado a partir del acto que ordenaba la no apertura de la causa y el archivo definitivo de la misma.

El artículo 295 del Código Procesal Penal de Perú establece que el recurso de nulidad debe interponerse dentro del día siguiente al de expedición de la sentencia o de notificación del auto impugnado. En caso de ser denegado, el artículo 297 del Código de forma prevé que podrá recurrirse en queja a la Corte Suprema, en el plazo de 24 horas.

Interpuestos ambos recursos, la decisión final de la Corte Suprema pondrá fin a la pretensión punitiva del Estado adquiriendo el valor de cosa juzgada. Todo acto procesal que se desarrolle en una causa finalizada implicará, en la práctica, una reapertura, con excepción del recurso de revisión cuando proceda.

Los argumentos esgrimidos llevan a la Comisión a concluir que en el caso bajo análisis, la presentación extemporánea del recurso de nulidad y la decisión de la Corte Suprema de concederlo han significado la reapertura de una causa fenecida, violándose de este modo el principio de cosa juzgada.

En última instancia, resta a la Comisión establecer si el segundo proceso iniciado por el delito de enriquecimiento ilícito está fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación de la primera persecución penal.

La acusación constitucional que hizo lugar a la formación de una causa en contra de Alan García se basaba en cuatro hechos presuntamente tipificados en el delito de enriquecimiento ilícito. Sometida dicha acusación al Fiscal de la Nación, éste inició acción penal en contra del ex-Presidente, fundándola en uno solo de los hechos y desistiendo los otros por entender que los mismos eran sospechas que no tipificaban el delito ni acreditaban responsabilidad.

La Comisión considera que la decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o el requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional --como toda actividad del Ministerio Público en el proceso-- que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de la decisión.

En el caso bajo análisis, como bien se señaló supra, el Fiscal en su resolución, por un lado, desestimó tres de los hechos incluidos en la acusación constitucional y por el otro, promovió la acción penal por el hecho restante. Durante el trámite del proceso, ni el peticionario ni el Gobierno han señalado si el pronunciamiento del Fiscal, en cuanto se refiere al desistimiento, fue recurrido ante instancia superior; por este motivo, la Comisión debe presumir que no habiendo sido apelada, la resolución del Fiscal fue consentida y en consecuencia adquirió carácter de firme.

De este modo, fundada en lo expuesto anteriormente, la Comisión concluye que la decisión del Fiscal que desistió tres de los hechos denunciados inicialmente por no ser constitutivos de delito, al quedar firme puso fin a la pretensión punitiva del Estado en relación a los hechos que fueron materia de la resolución. La iniciación de una nueva persecución penal fundada en el mismo objeto de la denuncia anterior transgredió el principio que prohíbe la múltiple persecución penal y en consecuencia, el artículo 8, inciso 4, de la Convención.

* * * * *

CAPITULO CUATRO

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION

Página en blanco a propósito

A. LA LIBERTAD DE EXPRESION EN LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: GENERALIDADES

Preguntas

¿Cuáles son las características del derecho a la libertad de expresión bajo la Convención Americana?
¿En qué consisten cada una de las garantías establecidas en la Convención?

Comentario

La libertad de expresión está prevista en todos los principales tratados internacionales de derechos humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19), la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 10) y la Carta Africana de Derechos Humanos (artículo 9), reconocen expresamente la libertad de expresión. Otros instrumentos internacionales de gran importancia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos Humanos, también la incorporan en su texto.

Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías 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.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

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

Comentario

Como surge del propio artículo, la libertad de expresión está integrada por una diversidad de derechos que son definidos como: (i) la libertad de pensamiento; (ii) la libertad de buscar información e ideas; (iii) la libertad de difundir información e ideas, y (iv) la libertad de recibir información.

i. Libertad de pensamiento

La profesora Cecilia Medina en el Capítulo III, página 171/172 de la publicación especial “Sistema jurídico y derechos humanos” de la Escuela de Derecho Universidad Diego Portales (1996) compara la libertad de pensamiento de la Convención Americana con la libertad de opinión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19.1). Analizando los trabajos preparatorios del Pacto, expresa en la página 147/148:

Dicho en otras palabras, mientras la opinión está en la mente es protegida de manera absoluta por el derecho a la libertad de opinión; una vez que la opinión se expresa entra a jugar el inciso 2 del artículo 19 y la libertad de opinión se transforma en libertad de expresión, la que puede ser sometida a restricciones. . . . Podría decirse que la libertad de pensamiento o de opinión comprende diversos aspectos: la prohibición de interferir indebidamente para que otro se forme, modifique o erradique una opinión de su mente, la libertad de la persona de formarse una opinión, y la prohibición de discriminación a causa de una opinión . . . Otro aspecto cubierto por el concepto de libertad de opinión es la prohibición de sufrir consecuencias adversas por el mero hecho de tener una opinión, aunque no se la haya expresado. Un caso claro podría ser el **berufsverbot** alemán (prohibición de empleo), que consiste en impedir acceder a, o mantener, un empleo al que profese una determinada ideología. En esta situación, el concepto de libertad de opinión sirve para identificar una causa ilegítima de discriminación.

ii. Libertad de buscar información e ideas

El problema principal que presenta la norma que reconoce la libertad de buscar información es el de decidir si es un derecho a exigir información, es decir, si la obligación del Estado se cumple no interfiriendo con los particulares que deseen buscar información o si se extiende a proveer información cada vez que ésta sea requerida. Parece razonable que el derecho a exigir información

contenida en fuentes públicas es en este sentido claro. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando la fuente es privada, o cuando la información retenida por el Estado es considerada por éste confidencial? La profesora Cecilia Medina expresa en la página 153 de la obra citada:

Avanzando una opinión, podría decirse que el Estado tiene derecho a mantener ciertas informaciones en calidad de confidenciales, pero que este derecho debe ser ejercido dentro de las limitaciones establecidas por el derecho internacional para las restricciones a los derechos humanos, es decir, la restricción a la información debe ser establecida por ley, para proteger determinados valores posibles de proteger por medio de esa restricción y debe ser necesaria en una sociedad democrática.

iii. *Libertad de difundir información e ideas*

Así como la libertad de expresión contempla el derecho a transmitir información e ideas, también incluye el derecho a permanecer en silencio cuando se pide a una persona que exprese una idea o una opinión determinada. Algunos países han considerado incluida en la libertad de difundir información el derecho a ejecutar actos simbólicos. En el caso *Texas vs. Johnson*, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, decidió que la quema de la bandera de los Estados Unidos por un individuo era una forma de libertad de expresión (U.S.-109 Sct. 2533, 105 L.Ed.2 d. 342 (1989)).

El ejercicio de la libertad de difundir información e ideas puede en algunos casos confundirse con el ejercicio de otros derechos, y en consecuencia, restringirse en mayor medida de la autorizada por la Convención Americana. El siguiente caso es ilustrativo:

En el caso *Kivenmaa c. Finlandia*, decidido por el Comité de Derechos Humanos, la peticionaria, Auli Kivenmaa, secretaria general de la Organización de la Juventud Social Demócrata, acudió junto con otros 25 miembros de la organización a un lugar frente al Palacio Presidencial donde se encontraba una aglomeración de gente que observaba la visita de un Jefe de Estado extranjero. Una vez allí, Kivenmaa y su grupo comenzaron a distribuir panfletos y la primera levantó un cartel en el que se criticaba la situación de los derechos humanos en el país del visitante. La policía procedió al retiro inmediato del cartel y la acusó formalmente de haber infringido la ley sobre reuniones públicas, que exige la notificación previa de toda reunión de ese tipo. La peticionaria alegó que ella no había organizado una reunión pública, sino que había ejercido su libertad de expresión. En su decisión, el Comité considera que el hecho que un grupo de personas se haya juntado en el lugar de las ceremonias de bienvenida a un visitante extranjero no constituye una “reunión” y que, en consecuencia, la actitud de la policía había constituido una infracción a la libertad de expresión (caso *Kivenmaa c. Finlandia*, Comité de Derechos Humanos, N° 4112/ 1990, decisión del 31 de marzo de 1994).

iv. Libertad de recibir información

Con relación a la libertad de recibir información, la Corte Interamericana ha establecido en el párrafo 30 de la Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (Art. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)” del 13 de noviembre de 1985, que:

30. El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especial. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea 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.

Y más adelante, en el párrafo 32:

32. 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 la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

B. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESION BAJO LA CONVENCION AMERICANA

1. Consideraciones generales

Preguntas

¿Qué tipos de restricciones establece la Convención Americana para el ejercicio de la libertad de expresión? ¿Cuáles son las características generales de las restricciones a la libertad de expresión? ¿Cuál es el razonamiento que debe realizarse para interpretar la naturaleza y el alcance de esas restricciones?

Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículo 13 incisos 2, 3, 4 y 5

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 particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

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

Puede afirmarse que la Convención Americana sólo admite dos restricciones al ejercicio de la libertad de expresión. En primer lugar, que aquél que ejerce la libertad de expresión esté sujeto a responsabilidades ulteriores, cuando se hayan perjudicado los derechos o la reputación de terceros, la seguridad nacional, el orden público o la salud y la moral públicas. La segunda excepción es la de los espectáculos públicos, que pueden ser censurados previamente pero para el solo efecto de proteger la moral de los niños y adolescentes.

En la Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (Art. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)” del 13 de noviembre de 1985, la Corte Interamericana analiza la primera de las restricciones.

La Colegiación Obligatoria de los Periodistas

(Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de los Periodistas (Art. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5)

35. . . . “la definición por la ley de aquellas conductas que constituyen causal de responsabilidad según el citado artículo, envuelve una restricción a la libertad de expresión. Es en el sentido de conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión como se usará en adelante respecto de este artículo la expresión ‘restricción’”.

36. Así pues, como la Convención lo reconoce, la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13.2. Por lo tanto, como la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, debe destacarse que las restricciones a los medios de difusión lo son también, a la libertad de expresión, de tal modo que, en cada caso, es preciso considerar si se han respetado o no los términos del artículo 13.2 para determinar su legitimidad y establecer, en consecuencia, si ha habido o no una violación de la Convención.

37. La disposición citada señala dentro de qué condiciones son compatibles restricciones a la libertad de expresión con la Convención. Esas restricciones deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.

38. El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a

espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.

39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines.

Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.

40. Esta norma precisa que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr fines que la propia Convención señala. Por tratarse de restricciones en el sentido en que quedó establecido (supra 35) la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa.

41. Antes de entrar a estudiar los literales a) y b) del artículo 13.2 de la Convención, a la luz de lo que interesa en la presente consulta, la Corte analizará el significado de la expresión “necesarias para asegurar”, empleada en el mismo artículo. Para ello debe considerarse el objeto y el fin del tratado teniendo presentes los criterios de interpretación resultantes de los artículos 29

c) y d) y 32.2 según los cuales:

“Artículo 29.- Normas de Interpretación

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

....

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

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

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”.

Igualmente debe tenerse presente lo señalado en el Preámbulo donde los Estados signatarios reafirman “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”.

42. Esas disposiciones representan el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas por el artículo 13.2. Se desprende de la reiterada mención a las “instituciones democráticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas” que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es “necesaria para asegurar” uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas.

43. En relación con este punto, la Corte estima que es útil comparar el artículo 13 de la Convención con el artículo 10 de la Convención (Europea) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “la Convención Europea”) y con el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “el Pacto”) los cuales rezan:

“CONVENCION EUROPEA - Artículo 10

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber ingerencia 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.

PACTO - 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”.

44. Es cierto que la Convención Europea utiliza la expresión “necesarias en una sociedad democrática”, mientras que el artículo 13 de la Convención Americana omite esos términos específicos. Sin embargo, esta diferencia en la terminología pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la Americana, que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda “excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Debe enfatizarse, también, que el artículo 29 d) de la Convención Americana prohíbe toda interpretación que conduzca a “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre...”, reconocida como parte del sistema normativo por los Estados Miembros de la OEA en el artículo 1.2 del Estatuto de la Comisión. El artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por su parte, dice lo siguiente:

“Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas.

45. La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo “necesario en una sociedad democrática”, habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.

46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, 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”. (Eur. Court H. R., *The Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30, pár. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que 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. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (*The Sunday Times* case, supra, pár. No. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold* judgment of 25 March 1985, Series A No. 90, pár. No. 59, pág. 26).

47. El artículo 13.2 tiene también que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante “vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Ni la Convención Europea ni el Pacto contienen una disposición comparable. Es, también, significativo que la norma del artículo 13.3 esté ubicada inmediatamente después de una disposición -el artículo 13.2- que se refiere a las restricciones permisibles al ejercicio de la libertad de expresión. Esa circunstancia sugiere el deseo de asegurar que los términos del artículo 13.2 no fuesen mal interpretados en el sentido de limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión.

48. El artículo 13.3 no sólo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente “controles... particulares” que produzcan el mismo resultado. Esta disposición debe leerse junto con el artículo 1.1 de la Convención, donde los Estados Partes “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos (en la Convención)... y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. Por ello, la violación de la Convención en este ámbito puede ser producto no sólo de que el Estado imponga por sí mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”, sino también de que no se haya asegurado que la violación no resulte de los “controles... particulares” mencionados en el párrafo 3 del artículo 13.

49. Las disposiciones de los incisos 4 y 5 del artículo 13 no tienen una relación directa con las preguntas hechas a la Corte en la presente solicitud y, en consecuencia, no necesitan ser examinadas en esta ocasión.

50. El análisis anterior del artículo 13 evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.

51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:

“De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal (Subrayado del texto original)”.

En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal inciso b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.

53. Las infracciones al artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido.

54. En verdad no toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son 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. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática. La Corte considera que la colegiación obligatoria de los periodistas, en los términos en que ha sido planteada para esta consulta, no configura un supuesto de esta especie.

55. La supresión de la libertad de expresión como ha sido descrita en el párrafo precedente, si bien constituye el ejemplo más grave de violación del artículo 13, no es la única hipótesis en que dicho artículo pueda ser irrespetado. En efecto, también resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno.

56. Más aún, en los términos amplios de la Convención, 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”.

57. Como ha quedado dicho en los párrafos precedentes una restricción a la libertad de expresión puede ser o no violatoria de la Convención, según se ajuste o no a los términos en que dichas restricciones están autorizadas por el artículo 13.2. Cabe entonces analizar la situación de la colegiación obligatoria de los periodistas frente a la mencionada disposición.

58. Por efecto de la colegiación obligatoria de los periodistas, la responsabilidad, incluso penal, de los no colegiados puede verse comprometida si, al “difundir informaciones e ideas de toda índole... por cualquier... procedimiento de su elección” invaden lo que, según la ley, constituye ejercicio profesional del periodismo. En consecuencia, esa colegiación envuelve una restricción al derecho de expresarse de los no colegiados, lo que obliga a examinar si sus fundamentos caben dentro de los considerados legítimos por la Convención para determinar si tal restricción es compatible con ella.

59. La cuestión que se plantea entonces es si los fines que se persiguen con tal colegiación entran dentro de los autorizados por la Convención, es decir, son “necesari(os) 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” (art. 13.2).

60. La Corte observa que los argumentos alegados para defender la legitimidad de la colegiación obligatoria de los periodistas no se vinculan con todos los conceptos mencionados en el párrafo precedente, sino sólo con algunos de ellos. Se ha señalado, en primer lugar, que la colegiación obligatoria es el modo normal de organizar el ejercicio de las profesiones en los distintos países que han sometido al periodismo al mismo régimen. Así, el Gobierno ha destacado que en Costa Rica

“existe una norma de derecho no escrita, de condición estructural y constitutiva, sobre las profesiones, y esa norma puede enunciarse en los siguientes términos: toda profesión deberá organizarse mediante una ley en una corporación pública denominada colegio”.

En el mismo sentido la Comisión señaló que:

“Nada se opone a que la vigilancia y control del ejercicio de las profesiones, se cumpla, bien directamente por organismos oficiales, o bien indirectamente mediante una autorización o delegación que para ello haga el estatuto correspondiente, en una organización o asociación profesional, bajo la vigilancia o control del Estado, puesto que ésta, al cumplir su misión, debe siempre someterse a la ley. La pertenencia a un Colegio o la exigencia de tarjeta para el ejercicio de la profesión de periodista no implica para nadie restricción a las libertades de pensamiento y expresión sino una reglamentación que compete al Poder Ejecutivo sobre las condiciones de idoneidad de los títulos, así como la inspección sobre su ejercicio como un imperativo de la seguridad social y una garantía de una mejor protección de los derechos humanos *Caso Schmidt*, supra 15)”.

El Colegio de Periodistas de Costa Rica destacó igualmente que “este mismo requisito (la colegiación) existe en las leyes orgánicas de todos los colegios profesionales”. Por su parte, la Federación Latinoamericana de Periodistas, en las observaciones que remitió a la Corte como *amicus curiae*, señaló que algunas constituciones latinoamericanas disponen la colegiación obligatoria para las profesiones que señale la ley, en una regla del mismo rango formal que la libertad de expresión.

61. En segundo lugar se ha sostenido que la colegiación obligatoria persigue fines de utilidad colectiva vinculados con la ética y la responsabilidad profesionales. El Gobierno mencionó una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en cuyos términos:

“es verdad que esos colegios también actúan en interés común y en defensa de sus miembros, pero nótese que aparte de ese interés hay otro de mayor jerarquía que justifica establecer la colegiatura obligatoria en algunas profesiones, las que generalmente se denominan liberales, puesto que además del título que asegura una preparación adecuada, también se exige la estricta observancia de normas de ética profesional, tanto por la índole de la actividad que realizan estos profesionales, como por la confianza que en ellos depositan las personas que requieren de sus servicios. Todo ello es de interés público y el Estado delega en los colegios la potestad de vigilar el correcto ejercicio de la profesión”.

En otra ocasión el Gobierno dijo:

“Otra cosa resulta de lo que podríamos llamar el ejercicio del periodismo como ‘profesión liberal’. Eso explica que la misma Ley del Colegio de Periodistas de Costa Rica permita a una persona constituirse en comentarista y aún en columnista permanente y retribuido de un medio de comunicación, sin obligación de pertenecer al Colegio de Periodistas”.

El mismo Gobierno ha subrayado que:

“El ejercicio de ciertas profesiones entraña, no sólo derechos sino deberes frente a la comunidad y el orden social. Tal es la razón que justifica la exigencia de una habilitación especial, regulada por Ley, para el desempeño de algunas profesiones, como la del periodismo”.

Dentro de la misma orientación, un delegado de la Comisión, en la audiencia pública de 8 de noviembre de 1985, concluyó que:

“la colegiatura obligatoria para periodistas o la exigencia de tarjeta profesional no implica negar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, ni restringirla o limitarla, sino únicamente reglamentar su ejercicio para que cumpla su función social, se respeten los derechos de los demás y se proteja el orden público, la salud, la moral y la seguridad nacionales. La colegiatura obligatoria busca el control, la inspección y vigilancia sobre la profesión de periodistas para garantizar la ética, la idoneidad y el mejoramiento social de los periodistas”.

En el mismo sentido, el Colegio de Periodistas afirmó que “la sociedad tiene derecho, en aras de la protección del bien común, de regular el ejercicio profesional del periodismo”; e igualmente que “el manejo de este pensamiento ajeno, en su presentación al público requiere del trabajo profesional no solamente capacitado, sino obligado en su responsabilidad y ética profesionales con la sociedad, lo cual tutela el Colegio de Periodistas de Costa Rica”.

62. También se ha argumentado que la colegiación es un medio para garantizar la independencia de los periodistas frente a sus empleadores. El Colegio de Periodistas ha expresado que el rechazo a la colegiación obligatoria:

“equivaldría a facilitar los objetivos de quienes abren medios de comunicación en América Latina, no para el servicio de la sociedad sino para defender intereses personales y de pequeños grupos de poder. Ellos preferirían continuar con un control absoluto de todo el proceso de comunicación social, incluido el trabajo de personas en función de periodistas, que muestren ser incondicionales a esos mismos intereses”.

En el mismo sentido, la Federación Latinoamericana de Periodistas expresó que esa colegiación persigue, *inter alia*,:

“garantizarle a sus respectivas sociedades el derecho a la libertad de expresión del pensamiento en cuya firme defensa han centrado sus luchas... Y con relación al derecho a la información nuestros gremios han venido enfatizando la necesidad de democratizar el flujo informativo en la relación emisor-receptor para que la ciudadanía tenga acceso y reciba una información veraz y oportuna, lucha esta que ha encontrado su principal traba en el egoísmo y ventajismo empresarial de los medios de comunicación social”.

63. La Corte, al relacionar los argumentos así expuestos con las restricciones a que se refiere el artículo 13.2 de la Convención, observa que los mismos no envuelven directamente la idea de justificar la colegiación obligatoria de los periodistas como un medio para garantizar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional" o "la salud o la moral públicas", (art. 13.2); más bien apuntarían a justificar la colegiación obligatoria como un medio para asegurar el orden público (art. 13.2. b)) como una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática (art. 32.2).

64. En efecto, una acepción posible del 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. La Corte interpreta que el alegato según el cual la colegiación obligatoria es estructuralmente el modo de organizar el ejercicio de las profesiones en general y que ello justifica que se someta a dicho régimen también a los periodistas, implica la idea de que tal colegiación se basa en el orden público.

65. El bien común ha sido directamente invocado como uno de los justificativos de la colegiación obligatoria de los periodistas, con base en el artículo 32.2 de la Convención. La Corte analizará el argumento pues considera que, con prescindencia de dicho artículo, es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2 sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado. El artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.

66. Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, 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. De ahí que los alegatos que sitúan la colegiación obligatoria como un medio para asegurar la responsabilidad y la ética profesionales y, además, como una garantía de la libertad e independencia de los periodistas frente a sus patronos, deben considerarse fundamentados en la idea de que dicha colegiación representa una exigencia del bien común.

67. No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los

derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

68. La Corte observa 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 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.

69. Considera la Corte, sin embargo, que 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 sociedad 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. En este sentido, la Corte adhiere a las ideas expuestas por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, señaló:

“que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocos con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino... establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales, libertad y régimen de derecho. (*Austria vs. Italy* case, Application No.788/60, European Yearbook of Human Rights, vol.4, (1961), pág. 138)”.

También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información.

70. La libertad de expresión es una piedra angular en 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 opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

71. Dentro de este contexto 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.

72. El argumento según el cual una ley de colegiación obligatoria de los periodistas no difiere de la legislación similar, aplicable a otras profesiones, no tiene en cuenta el problema fundamental que se plantea a propósito de la compatibilidad entre dicha ley y la Convención. El problema surge del hecho de que el artículo 13 expresamente protege la libertad de “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa...”. La profesión de periodista -lo que hacen los periodistas- implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.

73. Esto no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho o la medicina; a diferencia del periodismo, el ejercicio del derecho o la medicina -es decir, lo que hacen los abogados o los médicos- no es una actividad específicamente garantizada por la Convención. Es cierto que la imposición de ciertas restricciones al ejercicio de la abogacía podría ser incompatible con el goce de varios derechos garantizados por la Convención. Por ejemplo, una ley que prohibiera a los abogados actuar como defensores en casos que involucren actividades contra el Estado, podría considerarse violatoria del derecho de defensa del acusado según el artículo 8 de la Convención y, por lo tanto, ser incompatible con ésta. Pero no existe un sólo derecho garantizado por la Convención que abarque exhaustivamente o defina por sí solo el ejercicio de la abogacía como lo hace el artículo 13 cuando se refiere al ejercicio de una libertad que coincide con la actividad periodística. Lo mismo es aplicable a la medicina.

74. Se ha argumentado que la colegiación obligatoria de los periodistas lo que persigue es proteger un oficio remunerado y que no se opone al ejercicio de la libertad de expresión, siempre que ésta no comporte un pago retributivo, y que, en tal sentido, se refiere a una materia distinta a la contenida en el artículo 13 de la Convención. Este argumento parte de una oposición entre el periodismo profesional y el ejercicio de la libertad de expresión, que la Corte no puede aprobar. Según esto, una cosa sería la libertad de expresión y otra el ejercicio profesional del periodismo, cuestión esta que no es exacta y puede, además, encerrar serios peligros si se lleva hasta sus últimas consecuencias. El ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado. Además, la consideración de ambas cuestiones como actividades distintas, podría conducir a la conclusión que las garantías contenidas en el artículo 13 de la Convención no se aplican a los periodistas profesionales.

75. Por otra parte, el argumento comentado en el párrafo anterior, no tiene en cuenta que la libertad de expresión comprende dar y recibir información y tiene una doble dimensión, individual y colectiva. Esta circunstancia indica que el fenómeno de si ese derecho se ejerce o no como profesión remunerada, no puede ser considerado como una de aquellas restricciones contempladas por el artículo 13.2 de la Convención porque, sin desconocer que un gremio tiene derecho de buscar las mejores condiciones de trabajo, esto no tiene por qué hacerse cerrando a la sociedad posibles fuentes de donde obtener información.

76. La Corte concluye, en consecuencia, que las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta.

Comentario

Cabe observar, por último, que la Convención Americana además de limitar al mínimo las posibilidades de restricción estatal a la libertad de expresión, también prohíbe restricciones a este derecho provenientes de “controles particulares” (art. 13.3). Esta disposición debe interpretarse en concordancia con el artículo 1.1 que impone a todo Estado Parte asegurar el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana. Esto implica que si ciertas condiciones que se encuentran bajo el control estatal o que recaen bajo su responsabilidad -leyes, regulaciones, condiciones de impunidad- son aprovechadas por particulares para restringir o atentar contra la libertad de expresión en cualquiera de sus formas, el Estado en cuestión puede ver comprometida su responsabilidad internacional bajo el artículo 1.1 de la Convención Americana.

2. *Las restricciones a la libertad de expresión bajo la Convención Americana: la prohibición de la censura previa*

Preguntas

¿Es la prohibición de la censura previa aplicable a cualquier caso en el que se ejerza la libertad de expresión? En su caso ¿cuáles son las razones que justificarían la censura previa?

Comentario general

Bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la prohibición de la censura previa, salvo la excepción del artículo 13.4, es prácticamente absoluta. Esto significa que el Estado, en ninguna de sus formas, puede impedir o condicionar “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, de la libertad de expresión”.

El artículo 13 de la Convención no indica si la prohibición de la censura previa alcanza sólo a la libertad de emitir opiniones y transmitir informaciones o se extiende también a la libertad de recibir y buscar información. Se considera que la norma que prohíbe la censura previa desarrolla su carácter protectorio más plenamente cuando se ejerce la libertad de “difundir información”. De hecho, la censura previa es comúnmente utilizada para impedir el ejercicio de este aspecto de la libertad de expresión. Se censura un artículo periodístico, un programa de televisión, un espectáculo, etc.,

conductas que implican principalmente la difusión de información. Sin embargo, la censura de este tipo de eventos impide “recibir la información” que es difundida. Existe una relación intrínseca entre el acto de difundir información y el acto de recibir información, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo ha expresado en sus opiniones consultivas OC-5/85 y OC-7/86.

En cuanto a la libertad de buscar información, vale la pena mencionar lo expresado por la profesora Cecilia Medina en las páginas 171/172 de la obra citada:

Podría sostenerse, particularmente si miramos el origen de la prohibición de la censura, que ésta es la desaprobación anticipada que hace la autoridad a una opinión o información que pretende ser transmitida y, si esto es así, es claro que no puede aplicarse a la libertad de buscar información. El Estado, por lo tanto, no está impedido de regular la libertad de buscar información o mejor expresado, el derecho a buscar información puede ser restringido en su ejercicio. Es perfectamente posible que el Estado se niegue a dar cierto tipo de información, ya sea porque su develamiento afecta a la seguridad nacional, el orden público y la salud o la moral públicas o los derechos o la reputación de terceros. Esto no significa, naturalmente, que las restricciones al derecho a buscar información no deban también cumplir con los requisitos generales establecidos para toda restricción a un derecho humano en las normas internacionales anteriormente señaladas, como ya se ha dicho.

Análisis de los casos Martorell (11.230) y Clark (10.325), adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sólo en casos recientes ha tenido la oportunidad de tratar en forma específica y directa la prohibición de la censura previa. Uno de los casos más importantes es el del Sr. Francisco Martorell. El 21 de abril de 1993, el señor Francisco Martorell y la imprenta Editorial Planeta publicaron un libro en la Argentina titulado “Impunidad diplomática”, sobre las circunstancias que condujeron a la partida del ex embajador argentino en Chile Oscar Spínosa Melo. El libro debía estar disponible para su comercialización en Chile al día siguiente. Sin embargo, el mismo día 21 de abril de 1993, el señor Andrónico Luksic Craig, empresario chileno, presentó un “recurso de protección” ante la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. El señor Luksic, alegando que el libro violaba su derecho a la privacidad, solicitó que se prohibiese su circulación. La Corte de Apelaciones de Santiago dictó una “orden de no innovar” que prohibió temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro en Chile hasta que se adoptase una decisión definitiva sobre el caso. Posteriormente, se entablaron varias acciones penales ante los tribunales chilenos contra el señor Martorell por personas que alegaban que el contenido del libro “Impunidad diplomática” era calumnioso e injurioso a su honor y dignidad.

El 3 de mayo de 1996, la Comisión Interamericana aprobó el Informe No. 11/96 relativo al caso del Sr. Martorell (caso No. 11.230). En relación a la censura previa, la Comisión expresó:

56. La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13, es absoluta. Esta prohibición existe 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.

59. En virtud de los razonamientos expuestos la Comisión considera que la decisión de prohibir la entrada, la circulación y la distribución del libro "Impunidad diplomática", en Chile, infringe el derecho a difundir "informaciones e ideas de toda índole" que Chile está obligado a respetar como Estado Parte en la Convención Americana. Dicho en otros términos, tal decisión constituye una restricción ilegítima del derecho a la libertad de expresión, mediante un acto de censura previa, que no está autorizado por el artículo 13 de la Convención.

En el Informe No. 2/96, caso 10.325 contra Grenada, del 1 de marzo de 1996, la Comisión Interamericana también tuvo la oportunidad de tratar un caso relacionado con el tema de la censura previa. La denuncia original indicaba que cuatro cajas de libros de la editorial Pathfinder fueron retenidas el 8 de marzo de 1989 en el aeropuerto Point Salines de Grenada. De acuerdo con la denuncia, dichos libros aún se hallaban en poder de la policía grenadina, y estaban siendo confrontados con una lista de "libros prohibidos". Los esfuerzos realizados para recuperar los libros habrían sido inútiles. La Comisión sostuvo:

5. Los actos de confiscación y prohibición de libros por parte del Gobierno tienen el efecto de imponer una "censura previa" a la libertad de expresión, y por lo tanto han violado el doble derecho a recibir e impartir información a "toda persona", tanto al interior como hacia afuera de la comunidad, sin distinción de fronteras, tal como lo consagra el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Gobierno no ha demostrado que el contenido de los libros se encuentre dentro de las excepciones, "respeto por los derechos o la reputación de otros"; o "la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o la moral pública", como lo consagra el artículo 13 de la Convención Americana.

6. Aún más, el Gobierno de Grenada no ha presentado ninguna argumentación ante la Comisión que demuestre que los libros prohibidos "La lucha es mi vida", por Nelson Mandela; "Maurice Bishop habla"; "La revolución de Grenada 1979-1983"; "Nada puede detener el curso de la historia"; "Una entrevista con Fidel Castro por el Congresista Mervyn Dymally y Jeffrey M. Elliott"; "Un pueblo, un destino"; "El Caribe y Centroamérica hoy", editados por Don Rojas, y "Malcolm X habla"; y una copia personal de la novela de misterio "Nuestro hombre en La Habana" de Graham Greene que fue decomisada a Meryl Lynn Farber, han violado el respeto por los derechos humanos o la reputación de otros, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud pública o la moral pública, y por consiguiente, "debieran ser objeto de imposición de responsabilidad" expresamente establecida por la ley hasta donde sea necesario para asegurar la protección de tales derechos, de conformidad con las excepciones a que se refiere el artículo 13.2 de la Convención Americana.

8. Con base en lo expuesto anteriormente, la Comisión estima que el Gobierno de Grenada violó los derechos de los peticionarios a la “libertad de pensamiento y expresión”, cuando éste confiscó y prohibió los libros pertenecientes a los peticionarios. “Las dos dimensiones mencionadas (supra 30) de la libertad de expresión, deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”. El derecho de los peticionarios a transportar los libros a Grenada, y el derecho de recibirlos en Grenada, están protegidos por el artículo 13 de la Convención Americana.

9. El artículo 2 de la Convención Americana consagra: “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 efectivos tales derechos y libertades”. Por tanto, el Gobierno de Grenada debe asegurarse de que su legislación se conforma con las disposiciones del artículo [13] de la Convención Americana.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 13 inciso 4

Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

Comentario

No existen casos en el sistema interamericano en los que se haya abordado este tema. Sin embargo, existe en trámite una denuncia presentada ante la Comisión Interamericana en la que se alega la violación al artículo 13 de la Convención Americana, por la censura previa impuesta por un Estado Parte sobre la difusión de un film cinematográfico. Según la denuncia, la censura fue establecida de acuerdo a la normativa vigente que permite adoptar ese tipo de medidas para la protección de la infancia y de la moral pública. Alega la denuncia que la restricción específica no está prevista por la ley, sino por regulaciones emanadas del órgano ejecutivo. Por otro lado, las medidas necesarias para regular el acceso al espectáculo público, necesarias para la protección de la infancia y la moral pública, nunca fueron tomadas y la prohibición para la exhibición del film se encuentra vigente.

La resolución del presente caso permitirá a la Comisión Interamericana definir más concretamente los términos y el alcance de la restricción a la libertad de expresión del artículo 13.4.

3. *Restricciones a la libertad de expresión bajo la Convención Americana: las responsabilidades ulteriores*

Preguntas

¿Cuáles son los requisitos establecidos en la Convención Americana para la imposición de responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión? ¿Cuál es el alcance permisible para la imposición de responsabilidades ulteriores “necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”? ¿Qué ocurre con el ejercicio de la libertad personal y las responsabilidades ulteriores cuando se debaten cuestiones públicas? ¿Cuáles son los medios alternativos para reparar la violación al respeto de la reputación de las demás personas (relación entre artículos 13.2 y 14)? ¿Cómo operaría la doctrina de la “real malicia” bajo la Convención Americana? ¿Considera usted que las acciones criminales por difamación son compatibles con la naturaleza de la libertad de expresión de la Convención Americana? ¿Son válidos jurídicamente bajo la Convención Americana los descargos del Estado chileno en el caso Martorell?

Comentario

Desde el año 1994 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de decidir varios casos relacionados con las responsabilidades ulteriores. En el Informe No.11/96 relativo al caso del Sr. Martorell (caso No. 11.230) la Comisión desarrolló ampliamente la relación entre el ejercicio de la libertad de expresión y las responsabilidades ulteriores.

Caso 11.230 (Chile)

(CIDH, Informe 11/96, Caso 11.230, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997)

42. El Gobierno de Chile señala que el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor y la dignidad es un tema difícil. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual Chile es parte, establece que la libertad de expresión (aunque no de opinión) puede estar sujeta a ciertas restricciones, las cuales deben estar contempladas en la ley, cuando sean necesarias para asegurar el respeto de los derechos y la reputación de otros.

43. El artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce que:

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

44. La Convención también reconoce en el artículo 11 la protección del derecho a la honra y la dignidad personal, concluyendo en el párrafo 3 que:

Toda persona tiene el derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

45. Además, el Gobierno sostiene que está sujeto a obligaciones diferentes y contradictorias en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, por una parte, y en la Convención Americana, por la otra. Según el Gobierno, existe una diferencia fundamental entre las obligaciones que establece el Pacto y las que prevé la Convención Americana, y el Estado de Chile debe respetar ambos instrumentos. La Convención, cuando establece que este derecho sólo estará sujeto a la imposición subsiguiente de responsabilidad es menos amplia que el Pacto, que acepta las restricciones contempladas en la ley para proteger los derechos y la reputación de otros. El Pacto distingue entre la libertad de expresión y el derecho a la libertad de opinión. La primera puede estar sujeta a varias restricciones, mientras que el segundo constituye un derecho absoluto.

46. La acción tomada contra la publicación y la circulación del libro titulado "Impunidad diplomática" no afectó, según el Gobierno, la libertad de opinión del autor, ya que su contenido no expresaba opiniones o pensamientos del autor sino sólo material difamatorio y ofensivo sobre la vida privada de varias personas.

47. El Gobierno también hace referencia al artículo 25, que establece el derecho a un simple y oportuno recurso para la protección de los derechos garantizados por la Convención. Según el Gobierno, esta disposición establece que el recurso sea adecuado para garantizar los derechos protegidos en la Convención incluso antes de que haya ocurrido una violación, siempre y cuando un derecho esté en peligro inminente de ser violado. Tal es la petición de protección aplicada en este caso.

48. Según el Gobierno, la legislación chilena establece un equilibrio armónico entre el derecho a la honra y la privacidad y la libertad de expresión. Si bien la censura previa es inaceptable y contraria al gobierno democrático, ello no significa que no pueda aplicarse en ciertos casos excepcionales previstos por la ley.

....

4. LOS DERECHOS A LA PRIVACIDAD, LA HONRA Y LA DIGNIDAD

60. Corresponde analizar a continuación el segundo asunto presentado por el Gobierno de Chile en este caso: la obligación de proteger el derecho a la honra y la dignidad y su posible conflicto con el derecho a la libertad de expresión.

61. El Gobierno de Chile ha señalado que los derechos a la honra y la dignidad con frecuencia están en conflicto con la libertad de expresión, y que el Estado debe procurar equilibrar estos derechos con las garantías inherentes en la libertad de expresión y, por último, que un derecho puede ser sacrificado en virtud de otro derecho considerado más importante.

62. La Convención Americana reconoce que pueden existir limitaciones cuando los distintos derechos protegidos en la misma se hallan en conflicto. Además, el texto del artículo 13 reconoce que el derecho a la libertad de expresión está sujeto a restricciones con el fin de asegurar el “respeto a los derechos o a la reputación de los demás”.

63. A juicio del Gobierno de Chile y también de los tribunales chilenos que decidieron este asunto, en caso de conflicto entre las normas del artículo 11 relativas a la protección de la honra y de la dignidad y las del artículo 13 que reconocen la libertad de expresión, deben prevalecer las primeras.

64. Por su parte, los peticionarios han sostenido que no se ha aportado prueba alguna con referencia a la alegada violación del derecho a la honra y a la dignidad porque ese tema estaba en discusión no en estas actuaciones sino en los tribunales chilenos y que, por consiguiente, a la Comisión no le correspondía pronunciarse al respecto.

65. La Convención Americana reconoce y protege el derecho a la privacidad, la honra y la dignidad en el artículo 11. Este artículo reconoce la importancia del honor y la dignidad individuales al establecer la obligación de respetar esos derechos; que estos derechos deben estar libres de interferencias arbitrarias o abusivas o ataques abusivos, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales interferencias o ataques.

66. Además, los artículos 1 y 2 de la Convención establecen la obligación de asegurar los derechos protegidos por la Convención, y requieren que los Estados Partes adopten “las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos (reconocidos en la Convención) y libertades”. En consecuencia, todos los Estados Parte en la Convención tienen la obligación de asegurar que estos derechos sean adecuada y efectivamente protegidos por sus ordenamientos jurídicos internos.

67. De acuerdo con la Convención, el Estado de Chile tiene una obligación positiva de proteger a las personas que se hallan dentro de su jurisdicción de las violaciones del derecho a la privacidad y, cuando ese derecho fuese violado, proporcionar soluciones prontas, efectivas y adecuadas para reparar cualquier perjuicio derivado de una violación de ese derecho.

68. En el presente caso se alega que el contenido del libro titulado "Impunidad diplomática" afectó la honra de algunas personas y que, bajo el pretexto de describir las circunstancias que condujeron a la partida de Chile del Embajador argentino, se realizaron ciertos ataques no relacionados contra individuos privados. Según el Gobierno, estos ataques fueron calificados de una gravedad tal, que sólo la total prohibición del libro podía considerarse una solución efectiva y adecuada para proteger el derecho a la privacidad y la honra de las víctimas.

69. La Comisión considera que no le corresponde examinar el contenido del libro en cuestión ni la conducta del señor Martorell porque carece de competencia para pronunciarse al respecto, y porque el derecho a la honra está debidamente protegido en la legislación chilena. Además, las personas que se consideren lesionadas en su honra y su dignidad cuentan, como surge de lo actuado en el presente caso, con recursos adecuados en los tribunales de justicia chilenos para dirimir esa cuestión.

70. Por tal motivo la Comisión no puede aceptar el punto de vista del Gobierno de Chile en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión.

El artículo 29, establece que:

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

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

Por su parte, el artículo 32, párrafo 2 dispone:

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 esa sociedad democrática.

71. La Comisión considera que la interpretación de los derechos contenidos en estos artículos no presenta, como sostiene el Gobierno de Chile, un conflicto de diferentes principios entre los que haya que escoger.

72. En el mismo sentido, las disposiciones del artículo 11 no pueden interpretarse, por los órganos del Estado de tal forma que resulten en una violación del artículo 13 de la Convención Americana, que prohíbe la censura previa. En el escrito de respuesta a la denuncia de los peticionarios, el Gobierno de Chile sostuvo que:

En la especie no se ha impedido la publicación de ninguna opinión, pensamiento o idea, y solamente se ha buscado proteger la honra de las personas, como lo autorizan -más precisamente, lo ordenan- tanto la Convención, el Pacto y la Constitución Chilena, todas en esta materia en perfecta armonía.

73. La Comisión no está de acuerdo con ese argumento porque la forma de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima. Aceptar el criterio utilizado por Chile en el caso del señor Martorell implica dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión que consagra el artículo 13 de la Convención Americana.

74. Al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el artículo 11 de la Convención Americana -y al aplicar las disposiciones pertinentes del derecho interno sobre esa materia- los Estados Parte tienen la obligación de respetar el derecho de libertad de expresión. La censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13 de la Convención.

75. 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, lo que lleva a considerar el tercer punto en cuestión.

3. RESPONSABILIDADES ULTERIORES DE QUIEN VULNERA EL DERECHO A LA HONRA

76. El apoderado del señor Martorell, según consta en el expediente, en su defensa ante los tribunales chilenos afirmó que:

... si eventualmente se estableciera, en un juicio legalmente afinado, la existencia de abuso o delito en el ejercicio de esta garantía constitucional, deberá responder de ello en su oportunidad. El medio idóneo previsto en nuestra legislación, con tal fin, es la presentación de la denuncia o querrela ante la justicia del crimen.

77. Al respecto, el Gobierno de Chile, en el capítulo VII, último párrafo, del escrito de respuesta, expresa lo siguiente:

Si la Comisión estima que el Estado de Chile, a través de la resolución de sus tribunales, ha violado la Convención, al menos debiera exigir que el peticionario se presente a asumir las responsabilidades que la misma Convención le exige, y que tan ostentosamente anunció en su petición.

78. En todo caso, habiéndose acreditado en la audiencia celebrada el día 2 de mayo de 1996, que el señor Martorell ha sido condenado penal y civilmente, y ha aceptado regresar a Chile a efecto de notificarse de la sentencia, la cuestión planteada por el Gobierno chileno ante la Comisión con referencia a las responsabilidades ulteriores del señor Martorell ha perdido vigencia y, por consiguiente, la CIDH estima que no le corresponde pronunciarse al respecto.

Comentario

En el Informe No. 2/96, caso 10.325, Steve Clark contra Grenada, del 1 de marzo de 1996 la Comisión también hace alusión a la relación entre la libertad de expresión y las responsabilidades ulteriores expresando:

58. El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban.

Comentario

En los dos informes mencionados -11.230 y 10.325- la Comisión Interamericana analiza la relación entre la libertad de expresión y el derecho a la honra de las personas, y concluye que el mecanismo de las responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión en perjuicio de la reputación de las personas, es el medio previsto por la Convención para restringir la libertad de expresión y para proteger el derecho a la honra de las personas.

En un informe especial, que tuvo origen en el caso 11.012, la Comisión se abocó a emitir una opinión acerca de la naturaleza que deben guardar las responsabilidades ulteriores para ser compatibles con la Convención Americana. Los hechos del caso son los siguientes:

1. El día 6 de marzo de 1988 el reclamante publicó un artículo en el diario *Página 12*, titulado "Cicatrices de dos Guerras" en el cual, al referirse al Ministro de la Corte Suprema Argentina, Augusto Belluscio, utilizó la expresión "asqueroso" haciendo referencia a una entrevista dada por el señor Belluscio en la cual el Ministro manifestó, entre otras cosas, que un proyecto de reforma para ampliar la Corte Suprema con dos Ministros adicionales le "dio asco". El reclamante alega que con dicho término se refería al sentido de "que tiene asco" como señalaba el mismo Ministro en su entrevista.

2. A raíz de este artículo, el Ministro Belluscio inició una acción privada de injurias en contra del reclamante que recayó en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal Nº 4 de la Capital Federal. La jueza federal interviniente en la causa consideró que la expresión utilizada por el periodista Verbitsky excedía los límites del honor del funcionario y constituía un agravio al Ministro con motivo del ejercicio de su función. En función de ello, invocando el principio *'iuria novit curia'* la jueza decidió convertir la primigenia acción privada en la acción pública de desacato. La jueza condenó al Sr. Verbitsky, atribuyéndole la intención de difamar al Ministro.

3. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, el 13 de julio de 1991, confirmó la sentencia. Posteriormente, el reclamante recurrió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del Recurso Extraordinario por afectar la garantía constitucional de la libertad de prensa. La Corte Suprema rechazó el Recurso Extraordinario declarándolo improcedente el 25 de febrero de 1992.

El caso finalmente fue solucionado amistosamente por las partes, y como consecuencia del acuerdo la figura de **desacato** fue derogada por la Ley nacional No. 24.198 y la sentencia contra del Sr. Verbitsky fue revocada y cancelada en todos sus efectos. Con posterioridad, y dada la relevancia del tema tratado en el caso, la Comisión efectuó un informe especial llamado "Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" que fue publicado en el Informe Anual de la Comisión del año 1994. Dada la importancia del informe en lo que respecta al análisis de la naturaleza que deben guardar las responsabilidades ulteriores, a continuación se transcribirá en su mayor parte.

**Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana
sobre Derechos Humanos**

*(CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994,
OEA/Ser.L/II.88, doc. 9, rev, 17 de febrero de 1995)*

. . . En el presente informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("la Comisión") analiza la compatibilidad de las leyes que penalizan la expresión ofensiva para los funcionarios públicos, las denominadas leyes de desacato, con la libertad de expresión y pensamiento que constituye un derecho fundamental en el sistema interamericano de derechos humanos. El fundamento de las leyes de desacato, vigentes en varios Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, es la necesidad de proteger el honor de los funcionarios públicos en lo que se refiere a la obligación de mantener el orden público. Estas leyes están en conflicto con la convicción de que la libertad de expresión y de opinión es la "piedra de toque de todas las libertades a las cuales se consagran las Naciones Unidas" y "Una de las mas sólidas garantías de la democracia moderna". La libertad de expresión y pensamiento es un derecho fundamental del sistema interamericano de derechos humanos

. . . .

La cuestión que se plantea es si la penalización de la expresión porque está dirigida especialmente a los funcionarios públicos, cuando no existe un peligro de violencia inminente identificable, es compatible con el derecho a la libertad de pensamiento y expresión que garantiza la Convención Americana.

II. LEYES DE DESACATO

Las leyes de desacato 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. Estas leyes tienen una larga historia, habiéndose promulgado en tiempos de los romanos para defender el honor del emperador. Hoy en día, las leyes de desacato que subsisten en muchos Estados miembros se justifican so pretexto de la necesidad de proteger el adecuado funcionamiento de la administración pública.

A este respecto, se dice que las leyes de 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.

La aplicación de las leyes de desacato varía entre un Estado Miembro de la OEA y otro. En ciertos países, las leyes de desacato penalizan sólo los discursos insultantes que se pronuncian en presencia del funcionario público o por comunicación directa, como una carta o una llamada telefónica. Otras leyes de desacato penalizan todo discurso que insulte, ofenda o amenace a un funcionario público, ya sea dirigido a la persona en cuestión o por un medio indirecto, como la prensa. No obstante, en general, la protección de las leyes de desacato sólo ampara a los funcionarios públicos en el cumplimiento de tareas oficiales. Además, la legislación de los Estados Miembros de la OEA difiere en cuanto a las defensas admitidas en los casos de acusación de desacato. En algunos países, las leyes de desacato exigen que los acusados demuestren la veracidad de sus alegatos como defensa. En otros, la ley no permite que se introduzca la defensa de la verdad con respecto a un lenguaje insultante u ofensivo contra un funcionario público. Las penas por desacato varían entre multas y encarcelamiento.

La Comisión debe determinar si tal restricción de la libertad de expresión con el fin de defender de las críticas a los funcionarios públicos y, en última instancia, al gobierno en general, es legítima, en virtud del Artículo 13.2 y 13.3 de la Convención Americana. Además, si las leyes de desacato fueran incompatibles con las garantías previstas en el artículo 13 de la Convención, su perpetuación constituiría también una violación de los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. El artículo 1.1 obliga a cada país signatario a respetar y garantizar esos derechos enumerados en la Convención en tanto que el artículo 2 exige que cada país signatario adapte su legislación para garantizar tales derechos.

III. LA CONVENCIÓN PROTEGE Y PROMUEVE UN AMPLIO CONCEPTO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN PARA PRESERVAR LA EXISTENCIA DE LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA OEA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”) ha declarado que, dado que la libertad de expresión y pensamiento desempeña una función crucial y central en el debate público, la Convención Americana otorga un “valor sumamente elevado” a este derecho y reduce al mínimo toda restricción del mismo. Como lo señaló la Corte, es en interés del “orden público democrático” tal como está concebido por la Convención Americana que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente.

....

La Corte ha sentado el amplio alcance y carácter del derecho a la libertad de expresión amparado por el artículo 13. El artículo 13 establece dos aspectos distintivos del derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluye no sólo la libertad de expresar pensamientos e ideas, sino también el derecho y la libertad de procurarlas y recibirlas. Al garantizar simultáneamente los derechos a expresar y recibir tales expresiones, la Convención fomenta el libre intercambio de ideas necesario para un debate público efectivo en la arena política.

... la Corte Europea ha afirmado reiteradamente que la libertad de expresión es uno de los “fundamentos esenciales de una sociedad democrática”.

Por ejemplo, cuando decidió que la sentencia del reclamante por difamación de un funcionario público violaba el artículo 10 de la Convención Europea, la Corte Europea afirmó que la protección de la libertad de expresión debe extenderse no sólo a la información o las ideas favorables, sino también a aquéllas que “ofenden, resultan chocantes o perturban”. Como lo señaló la Corte Europea, “tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática”. El Comité de Derechos Humanos, interpretando el Pacto de la ONU, también ha comentado que las restricciones a la libertad de expresión no deben “perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia”. Además en la misma opinión se señaló la importancia especial de proteger “la libertad de expresión en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquéllas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría”.

El consenso observado en los órganos de derechos humanos de América y de Europa pone de manifiesto que la protección de la libertad de expresión como elemento indispensable de la democracia se encuentra perfectamente fundamentada en el derecho internacional. Al protegerse este derecho conforme lo estipula el artículo 13 de la Convención, la Corte no ha hecho más que reforzar el propósito de la Convención, que es el de crear un sistema de “libertades personales y justicia social” dentro del “marco de las instituciones democráticas”. Resulta evidente que el derecho a la libertad de expresión y pensamiento garantizado por la Convención está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática. Es más, la plena y libre discusión evita que se paralice una sociedad y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen las civilizaciones.

Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquélla que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma.

IV. LAS LEYES DE DESACATO SON INCOMPATIBLES CON EL ARTICULO 13 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS PORQUE REPRIMEN LA LIBERTAD DE EXPRESION NECESARIA PARA EL DEBIDO FUNCIONAMIENTO DE UNA SOCIEDAD DEMOCRATICA

A. Las restricciones a la libertad de expresión deben incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática

Si bien la libertad de expresión es esencial para toda forma democrática de gobierno, no constituye un derecho absoluto. El artículo 13.2 define las restricciones permisibles a la libertad de expresión.

...

....

Es preciso señalar que las normas al amparo de las cuales se interpretan estas restricciones deben ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas conforme lo estipulan los artículos 29 y 32 de la Convención.

En su interpretación de estos artículos, la Corte declaró que el artículo 29 c) establece que no debe interpretarse disposición alguna de la Convención en el sentido de que puede “excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Además, el artículo 29 d) dispone que no debe interpretarse disposición alguna en el sentido de que puede excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual dispone, en el artículo XXVIII, que los derechos de cada hombre están limitados ... “por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. Asimismo, el artículo 32.2 establece que todos los derechos esbozados en la Convención pueden estar restringidos por los “derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Como lo afirmó la Corte, esta referencia constante a la democracia en los artículos 29 y 32 indica que toda vez que las disposiciones de la Convención son vitales para la “preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”, las “justas exigencias de la democracia deben orientar su interpretación”. De manera que la interpretación de las restricciones a la libertad de expresión (artículo 13.2) debe “juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas” dado que la libertad de expresión es esencial para toda forma de gobierno democrática.

Previa censura está absolutamente prohibida. Las únicas restricciones legítimas del derecho a la libertad de expresión se ejercen mediante la responsabilidad ulterior en el caso de que se abuse de ese derecho. No obstante, la imposición de dicha responsabilidad debe satisfacer cuatro exigencias para que tenga validez en virtud del artículo 13.2: 1) los fundamentos para establecer la responsabilidad deben fijarse previamente; 2) estos fundamentos deben estar expresados con precisión dentro del marco de la ley; 3) los fines que se persiguen deben ser legítimos; y, 4) los fundamentos para establecer la responsabilidad deben ser necesarios para asegurar el fin legítimo

que se procura. En la hipótesis argumental de que las leyes de desacato en cuestión están bien establecidas, son expresas y precisas dentro de los códigos penales de sus respectivos países, sigue en pie la cuestión de determinar si dichas leyes satisfacen los requisitos 3 y 4 para ser compatibles con el artículo 13.2. En última instancia esta determinación se basa en los artículos 29 y 32, que obligan a que toda limitación de un derecho garantizado debe tomar en consideración las necesidades legítimas de la democracia.

B. Las leyes de desacato no constituyen una restricción legítima de la libertad de expresión

La aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga 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 o controlar el abuso de su poder coactivo. Si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, es entonces precisamente el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública.

Como se dijo antes, el derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que 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. Dichas limitaciones a la libertad de expresión pueden afectar no sólo a quienes se silencia directamente, sino también al conjunto de la sociedad

Además de las restricciones directas, las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de Expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público. A este respecto, la Corte Europea afirmó que, si bien las penas posteriores de multa y revocación de un artículo publicado no impiden que el peticionante se exprese, “equivalen, no obstante, a una censura, que posiblemente lo disuada de formular críticas de ese tipo en el futuro”. El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor. La crítica política con frecuencia comporta juicios de valor.

La Comisión observa por otra parte, que la desventaja que las leyes de desacato imponen a las personas que desean participar en el debate acerca del funcionamiento adecuado de la administración pública 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. Este es especialmente el caso de la arena política en donde la crítica política se realiza frecuentemente mediante juicios de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba. De manera que una norma que obligue al crítico de los funcionarios públicos a garantizar las afirmaciones fácticas tiene consecuencias perturbadoras para la crítica de la conducta gubernamental. Dichas normas plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado por su crítica. Además, la amenaza de responsabilidad penal por deshonrar la reputación de un funcionario público inclusive como expresión de un juicio de valor o una opinión, puede utilizarse como método para suprimir la crítica y los adversarios políticos. Más aún, 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.

La Comisión considera que se debe hacer una importante distinción entre la mala conducta que altera o impide el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario público y el discurso que critica el desempeño individual. Si bien puede argumentarse que las leyes de desacato que requieren que el discurso ofensivo sea pronunciado en persona tienen por objeto impedir los disturbios y desórdenes civiles, de todas maneras castigan la libertad de expresión en tanto ésta se relacione con el honor del funcionario público.

Por último, y es esto lo que mayor importancia reviste, la Comisión observa que 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 que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de “orden público” para justificar las leyes de desacato se opone directamente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pensamiento consagrada en la Convención.

C. Las leyes de desacato no son “necesarias para asegurar” el orden público en una sociedad democrática

Inclusive asumiendo hipotéticamente que la protección de los funcionarios públicos de la expresión ofensiva y crítica es una protección legítima del orden público dentro de una sociedad democrática, toda ley que limite la libertad de expresión debe también ser “necesaria para asegurar” este propósito legítimo. El término “necesario”, en el contexto del artículo 13.2 debe considerarse como algo más que “útil”, “razonable”, o “conveniente”. Para que una limitación sea “necesaria”, debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión. Además, la Corte declaró que para tal demostración, las limitaciones deben ser proporcionales y ajustadas estrechamente al logro del objetivo gubernamental propuesto. La necesidad comporta la existencia de una “necesidad social imperiosa”. De manera que los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de 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 de esa manera no es legítima.

La protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. Ello es especialmente así teniendo en cuenta la función dominante del gobierno en la sociedad y, particularmente, donde se dispone de otros medios para responder la ataques injustificados mediante el acceso del gobierno a los medios de difusión o mediante 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. En este sentido, el encausamiento por parte del gobierno de una persona que critica a un funcionario público que actúa en carácter oficial no satisface los requisitos del artículo 13.2 porque se puede concebir la protección del honor en este contexto sin restringir la crítica a la administración pública. En tal sentido, estas leyes constituyen también un medio injustificado de limitar el derecho de expresión que ya está restringido por la legislación que puede invocar toda persona, independientemente de su condición .

Es más, la Comisión observa que, contrariamente a la estructura que establecen las leyes de desacato, en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas -y no menos expuestas- al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica.

IV. CONCLUSION

Los artículos 13.2 y 13.3 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. Sin embargo, en la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más aún cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad de expresión. En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica. El artículo 13.5 prescribe que:

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

La Comisión considera 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. En 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.

En conclusión, la Comisión entiende que el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.

Análisis de la jurisprudencia europea

La Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido varias oportunidades para referirse a la relación entre el ejercicio de la libertad de expresión y las responsabilidades ulteriores, cuando se debaten cuestiones públicas. Así, en la sentencia del caso Lingens del 8 de julio de 1986 expresó:

46. Los tribunales competentes buscaron determinar si el acusado (*defendant*) había establecido la verdad en sus declaraciones de acuerdo al artículo 111 Sec. 3 del Código Penal [de Austria]. . . Principalmente mantuvieron que había diferentes modos de evaluar el comportamiento del Sr. Kreisky y que no se podía probar lógicamente que una interpretación excluía a las otras; por tanto encontraron al peticionario culpable de difamación . . . Desde el punto de vista de la Corte [Europea], hay que hacer una distinción muy cuidadosa entre los hechos y los juicios de valor. La existencia de los hechos se puede demostrar, mientras que la verdad de los juicios de valor no es susceptible de ser probada. La Corte observa en este sentido que los hechos en los que el Sr. Lingens basa sus juicios de valor son indisputables, como también lo es su buena fe. Bajo el párrafo 3 del artículo 111 del Código Penal, leído conjuntamente con el párrafo 2, los periodistas en casos como el presente no escapan a una condena . . . al menos que puedan probar la veracidad de sus dichos. En referencia a los juicios de valor este requisito es de cumplimiento imposible e infringe el derecho a la libertad de opinión en sí misma, que es una parte fundamental del derecho garantizado en el artículo 10 de la Convención Europea. El Tribunal Regional de Viena decidió que la carga de la prueba era una consecuencia del derecho aplicable y que no correspondía a los tribunales sino a la legislatura el hacerla menos onerosa . . . En este contexto, el tribunal señala que no hace falta que especifique la autoridad nacional responsable de la violación de la Convención; el asunto [a considerar] es únicamente la responsabilidad internacional del Estado (véase, *inter alia*, la sentencia de *Zimmermann and Steiner* . . .)

En un caso posterior, el caso *Oberschlick*, del 23 de mayo de 1991, la Corte Europea sostuvo:

59. Los límites aceptables de crítica son más amplios cuando se refieren a un político actuando en su capacidad pública que en relación a un particular. El primero,

inevitablemente y con conocimiento de ello, está sometido a un mayor control de cada una de sus palabras y actos tanto por parte de los periodistas como del público, y debe mostrar un grado mayor de tolerancia, especialmente cuando él mismo hace declaraciones públicas susceptibles de crítica. Un político ciertamente, tiene el derecho a proteger su reputación, incluso cuando no esté actuando en su capacidad de ciudadano privado, pero los requisitos de tal protección tienen que balancearse con el interés de mantener discusiones abiertas sobre asuntos políticos

Después del fallo de la Corte Europea, el periodista Oberschlick, editor de la revista *Forum* en Austria, continuó con el ejercicio de su profesión. Fue así que después de una publicación relacionada con una figura pública, nuevamente fue demandado y condenado en su país. Interpuso entonces otra denuncia ante el sistema europeo de derechos humanos y la Corte Europea, en sentencia del 1 de julio de 1997, de nuevo condenó al Estado por la violación a la libertad de expresión de Oberschlick. La Corte expresó:

31. La Corte [Europea] . . . desea poner de manifiesto en esta relación que las decisiones judiciales cuestionadas ante él deben ser consideradas en el contexto total del caso, incluyendo el artículo [periodístico] del peticionario y las circunstancias en las que fue escrito

. . . .

33. Desde el punto de vista de la Corte el artículo del peticionario y en particular la palabra *Trottel'* [imbécil] puede considerarse ciertamente polémica, pero no por ello constituye un ataque personal gratuito puesto que el autor proveyó una explicación objetiva y comprensible de de estas expresiones, derivada del discurso del Sr. Haider - - que en sí mismo era también provocativo. Como tales, las expresiones eran parte de una discusión política causada por el discurso y opinión del Sr. Haider, cuya verdad no es susceptible de ser probada. Dicha opinión podría sin embargo ser excesiva, en particular en ausencia de hechos en los cuales basarse, pero teniendo en cuenta las consideraciones expuestas éste no era el caso

34. Es verdad que llamar '*Trottel'* (imbécil) a un político puede ofenderle. En este caso, sin embargo, la palabra no parece ser desproporcionada a la indignación generada por el Sr. Haider

. . . .

En otro caso del 23 de abril de 1992 -caso *Castells-*, relacionado con las responsabilidades ulteriores, la Corte expresó lo siguiente:

46. La libertad de debate político no tiene indudablemente una naturaleza absoluta. Un Estado contratante puede imponerle ciertas "restricciones" o "sanciones" pero es la Corte [Europea] la que tiene la última palabra en cuanto a la compatibilidad de dichas medidas y la libertad de expresión

consagrada en el artículo 10 (véase *mutatis mutandis*, la sentencia de *The Observer y The Guardian* . . .). Los límites de crítica permisible son más amplios para el gobierno que para un ciudadano privado o incluso un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sometidas al control cercano no sólo del legislativo y el ejecutivo sino también de la prensa y la opinión pública. Es más, la posición dominante que el gobierno ocupa hace necesario que éste restrinja su potestad para recurrir a procedimientos penales, particularmente cuando hay otros medios disponibles para responder a ataques y críticas injustificadas de sus adversarios y de los medios de comunicación. En cualquier caso, queda abierto a las autoridades competentes del Estado, en su capacidad de garantes del orden público, el adoptar las medidas, incluso de naturaleza penal, dirigidas a reaccionar adecuadamente y sin exceso ante las acusaciones difamatorias sin fundamento o formuladas de mala fe (subrayado agregado).

Otro caso interesante es el de *De Haes y Gijssels v. Bélgica* del 24 de febrero de 1997, en el que se denunció la violación a la libertad de expresión de un periodista. El periodista había sido condenado por difamar a un tribunal mediante un artículo en el que se cuestionaba duramente la labor de los jueces en la resolución de un caso de divorcio. La Corte Europea sostuvo que el artículo periodístico no atentaba contra el honor de los jueces en forma suficiente como para fundar la responsabilidad ulterior del periodista en el ejercicio de su libertad de expresión. Entre otras cosas la Corte expresó:

33. La sentencia contra los peticionarios indiscutiblemente configura una “interferencia” al ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Se coincidió que la interferencia había sido “prescrita por la ley” y perseguía al menos uno de los fines legítimos a los que se refiere el artículo 10, Sec. 2 [de la Convención Europea] -la protección de la reputación o derechos de otros- en este caso los derechos de los jueces y del Procurador General que iniciaron el procedimiento. La Corte [Europea] coincide con esta tesis. Por tanto, debe establecer si la interferencia era “necesaria en una sociedad democrática” para lograr el mencionado fin.

. . . .

37. La Corte reitera que la prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática. Aunque no debe extralimitarse en particular respecto a la reputación y derechos de otros, su deber es sin embargo difundir -de modo consistente con sus obligaciones y responsabilidades- información e ideas sobre todas las materias de interés público, incluyendo aquéllas relativas al funcionamiento del poder judicial. Los tribunales -garantes de la justicia, cuyo papel en un Estado de derecho es fundamental- deben contar con la confianza del público. En concordancia deben estar protegidos de ataques destructivos si son infundados, especialmente si contemplamos el hecho de que los jueces están sometidos a un deber de discreción que les impide responder a la crítica.

. . . .

41. En los hechos del caso los jueces y el Procurador General se quejaron principalmente de los ataques personales de los que consideran fueron objeto por parte de los periodistas en los comentarios referentes al procedimiento de custodia del niño X. Mantienen que los peticionarios al acusarles de favoritismo y cobardía les han difamado y ello constituye un ataque a su honor. Los peticionarios incluso han llegado a acusar a dos de ellos por sus pronunciadas simpatías de extrema derecha, infringiendo gravemente su derecho al respeto de sus vidas privadas.

....

46. En este sentido, la Corte reitera que la libertad de expresión se aplica no sólo a la "información" y las "ideas" recibidas favorablemente o calificadas de inofensivas o indiferentes, sino también a aquéllas que ofenden, afectan o disturban al Estado o a cualquier sección de la comunidad. Además, la libertad de prensa alcanza también a una posible exageración o incluso provocación (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia de *Prager y Oberschlick* . . .)

....

48. Aunque los comentarios de los Sres. De Haes y Gijssels eran, sin duda, extremadamente críticos, sin embargo parecen proporcionales a la provocación e indignación causada por las materias a que se refieren sus artículos. Sobre el tono polémico e incluso agresivo de los periodistas, que el tribunal no tiene por qué aprobar, debe recordarse que el artículo 10 protege no sólo la esencia de las ideas e información expresada sino también la forma en la que éstas se presentan (véase, como jurisprudencia aplicable más reciente, sentencia *Jersild* . . .)

Comentario

La protección de la libertad de expresión en el debate público ha sido considerada localmente por los tribunales supremos, y ha dado origen también a formas especiales en que se deben establecer las responsabilidades ulteriores.

La sentencia "*The New York Times vs. L.B. Sullivan*" (New York Times v. Sullivan, Marzo, 19 de 1964 (376 U.S. 254, 84 S.Ct. 710) fue la más importante de la Corte Suprema de los Estados Unidos en lo que se refiere al ejercicio de la libertad de expresión relacionada con temas de índole público. En realidad, la acción judicial fue interpuesta por Sullivan (la nominación del caso es inversa por costumbre de la época), quien era Comisionado electo de la ciudad de Montgomery, Alabama. Sullivan estaba a cargo, entre otras cosas, de supervisar las funciones y actividades de las fuerzas policiales del lugar. El 29 de marzo de 1960 el periódico New York Times publicó un artículo en el que se afirmaba que agentes policiales de esa ciudad reprimían ilegítima y violentamente activistas negros que defendían y compartían los principios de Martin Luther King. Para fundar su acción, Sullivan alegó que a pesar de que el artículo no lo nombraba, su reputación se perjudicaba con acusación hacia las fuerzas policiales. Durante el trámite de la acción Sullivan pudo comprobar que él nunca estuvo presente en los actos de represión que el artículo atribuía a la policía. La Corte Suprema, sin embargo, rechazó la acción por difamación interpuesta por Sullivan

aplicando lo que se dio en llamar la doctrina de la “real malicia”, que en los casos relacionados con cuestiones públicas impone probar al accionante no sólo la falsedad de la información publicada, sino también la “real malicia” del autor de la publicación, esto es, el conocimiento de que la información era falsa y la intención de publicar la falsedad para perjudicar. En algunos de sus párrafos la Corte expresa:

Cuando un artículo se publica y circula entre los votantes con el único propósito de proporcionar la información que el acusado (*defendant*) cree verdadera en referencia a un candidato a un puesto público y tiene el único propósito de capacitar a los votantes para que tomen una decisión más inteligente, y todo ello se hace de buena fe y sin malicia, el artículo tiene un privilegio aunque las materias principales contenidas en el artículo sean falsas de hecho y derogatorias para la acusación privada (demandante); en dicho caso la carga de la prueba recae en la acusación privada (demandante) para probar la malicia en la publicación del artículo.

Se debe probar que actuó con ‘malicia de hecho’ es decir, con conocimiento de que era falso o arriesgándose sin preocuparse de si es falso o no.

La protección constitucional no cambia en base a ‘la verdad, popularidad o utilidad social de la ideas y creencias que se ofrecen’ (N.A.A.C.P. v. Button 371 U.S. 415, 445, 83 S. Ct. 328, 344, 9 L. Ed.2d. 405.).

Si nos fijamos en la naturaleza del gobierno republicano encontraremos que el poder de censura reside en el pueblo hacia los actos del gobierno y no el en el gobierno hacia el pueblo” (4 Anuario del Congreso, pág 934 (1794))

La prueba del libelo se convertirá en la prueba del público, porque restringiéndole el acceso al público está restringiéndose al público el acceso a la lectura de estos temas.

Permitir la defensa de la verdad haciendo recaer la carga de la prueba en el acusado (*defendant*) no significa que se evitará solamente el discurso falso. Incluso cuando los tribunales aceptan esta defensa como salvaguarda adecuada han reconocido la dificultad de considerar evidencia legal de que el alegado libelo era verdad en todos los particulares de hecho. (Véase p.e. Post Publishing Co. V. Hallam, 59 F. 530, 540 (C.A. 6th Cir. 18993); véase también Noel, Difamación de Funcionarios Públicos y Candidatos, 49 Col. L. Rev. 875, 892 (1949). Según esta regla, se podrían impedir las críticas de conducta oficial incluso cuando se creyeran ciertas o fueran ciertas de hecho, debido a la duda de que puedan ser probadas en los tribunales o el miedo al gasto/esfuerzo que conlleve probarlas.

El beneficio público de la publicidad es tan enorme y la posibilidad de injuria de carácter privado tan pequeña que tal discusión debe favorecerse.

La doctrina de la “real malicia” fue aplicada internamente en la Argentina por la Corte Suprema de Justicia en varios casos, aunque no siempre en forma consistente. Uno de los mejores casos en que operó dicha aplicación es el de *J. M. Morales Solá*, de fecha 12 de noviembre de 1996. Morales Solá es un periodista que publicó un libro referido a funcionarios públicos. Uno de ellos se sintió ofendido por las expresiones vertidas en el libro con relación a su persona, e inició una acción criminal contra Morales Solá, quien fue condenado por el tribunal de segunda instancia a cumplir una pena en suspenso de tres meses de prisión. Morales Solá interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema, que lo absolvió libremente aplicando la doctrina de la “real malicia”. Los párrafos destacados con relación a la aplicación de dicha doctrina son los siguientes:

Párrafo 16 del voto del Dr. Vázquez: “Que en casos como el presente, cuando existe un conflicto contra la libertad de expresión y lo atinente al derecho a la personalidad (como el honor, la integridad moral, intimidad, imagen, prestigio, recato patrimonial, etc.) perteneciente a un individuo con dimensión pública, sea por el cargo que ocupa, la función que realiza o la actividad por la que se lo conoce, esta Corte ha adoptado -en línea hermenéutica semejante a la utilizada por otros tribunales constitucionales- el standard jurisprudencial creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times Co. vs. Sullivan*”.

Párrafo 6 del voto del Dr. Boggiano: “Que esa doctrina (la real malicia) se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que lo era o con imprudente y notoria despreocupación sobre su veracidad. El derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, sí, a la prensa, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar”.

4. El derecho de rectificación o respuesta

Preguntas

¿Cuáles son los fundamentos bajo la Convención Americana del derecho de rectificación o respuesta? ¿Podrían existir condiciones en las que la no aplicación interna del derecho de rectificación o respuesta establecido en el artículo 14 de la Convención Americana estuviera justificada? ¿Considera usted que el artículo 14 de la Convención es una norma de las llamadas autoejecutables (veáanse a tal efecto los párrafos pertinentes de la opinión consultiva de la Corte y la sección E del Capítulo I de este Manual) ?

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 14

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 que establezca 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.

Comentario

En la Opinión Consultiva OC-7/86 "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta", la Corte Interamericana interpreta el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para establecer si bajo la Convención existe efectivamente un derecho "operativo o autoejecutable" de rectificación o respuesta. La Corte expresa:

27. El 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 un lenguaje que, a diferencia del utilizado en otros artículos de la Convención ("estará protegido por la ley", "conforme a la ley", "expresamente fijadas por ley", etc.), requiere el establecimiento de las condiciones para el ejercicio de un 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. No es el momento de resolver aquí qué significa la palabra "ley" (infra 33).

28. 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, 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.

Más adelante, la Corte expresa:

33. La Corte ha resuelto ya que el artículo 14.1 establece el derecho de rectificación o respuesta y que 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. . . .

Otro punto interesante es la relación entre el derecho a rectificación o respuesta del artículo 14 y las responsabilidades ulteriores previstas en el artículo 13.2. En el voto disidente de la Opinión Consultiva precedente, el Dr. Gros Espiell expresó:

6. 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”.

En el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros” del 7 de julio de 1992, relacionado con la aplicación directa a nivel interno del derecho de rectificación o respuesta -réplica- la Corte Suprema Argentina expresó:

7. Que en este caso, por el contrario, el núcleo de la cuestión a decidir radica en la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona cuando se lesione el respeto a su dignidad, honor e intimidad; y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido por medio de la prensa, la radio y la televisión. Es decir, se trata del equilibrio y armonía entre derechos de jerarquía constitucional, y en definitiva, de la tutela de la dignidad humana en tanto se vea afectada por el ejercicio abusivo de la información. En particular, corresponde decidir si el denominado “derecho de réplica o respuesta” integra nuestro ordenamiento jurídico como un medio legal inmediato a la situación de indefensión en que se encuentra el común de los hombres frente a las agresiones a su dignidad, honor e intimidad cuando son llevadas a cabo a través de los medios de comunicación social.

28. Que resta por fin, formular algunas precisiones sobre la forma de ejercicio del derecho de respuesta. En tal sentido, se reitera que la importancia que los medios de comunicación social tienen en la sociedad contemporánea y la situación estratégica que se reconoce a la prensa escrita dentro del sistema constitucional argentino, los obliga moral y materialmente a cumplir con responsabilidad sus funciones para beneficio de los mismos y de la comunidad; y evitar, corregir y reparar los abusos y excesos que pudieren someter. En particular, cuando la información afecta la reputación, la honra y el honor de las personas violando el derecho que todo hombre tiene a su intimidad, fama y estima, toda vez que no puede quedar la personalidad humana a merced del poder de los medios. Esto los obliga a tomar conciencia de que la conciencia de la propia dignidad no se silencia ni satisface con indemnizaciones pecuniarias ni con publicaciones extemporáneas dispuestas por sentencias inocuas o tardías. “La cruda noción anglosajona de vindicar el honor ‘by setting cash’ ha llegado a ser insatisfactoria para mucha gente decente. Esta quiere un proceso menos sórdido y más conveniente, que enfoque su atención en lo que más importa: los errores de las declaraciones de los demandados”.

29. Que asimismo, la respuesta o rectificación tutela bienes de naturaleza civil, no política ni electoral. La mayoría de las noticias contestables no son ilícitas y la respuesta es sólo un modo de ejercicio de la misma libertad de prensa que presupone la aclaración razonablemente inmediata y gratuita en el mismo medio que publicó la información considerada ofensiva, en trámite simple y expeditivo, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles o penales que pudieran corresponder al afectado.

30. Que, en efecto, no cabe confundir las consecuencias de una condena criminal sustentada en el artículo 114 del Código Penal -que presupone la tramitación de todo un proceso judicial ordinario con amplitud de debate y prueba- con el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Aquella disposición tiende a que se repare el honor en la misma forma, modo o semejanza que la conferida por el ofensor en los casos en que la ofensa hubiese sido propalada por la prensa. Es así que, en tal supuesto, la reparación deberá hacerse en el mismo periódico, en el mismo lugar y con los mismos caracteres que la noticia injuriosa. Más aún, si la sola publicación del escrito de retractación fuera insuficiente para reparar el honor del ofendido se ha considerado necesario que sea precedido por el comentario injurioso y que la declaración se refiera a él.

* * * * *

Página en blanco a propósito

CAPITULO CINCO

DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES (DECS)

Página en blanco a propósito

A. DERECHO AL DESARROLLO: ALCANCE Y CARACTERÍSTICAS.

Preguntas

¿Cuáles son las características del derecho al desarrollo? ¿Cuál es el estatus jurídico internacional de dicho derecho? ¿Quiénes son los sujetos titulares del “derecho al desarrollo”?

1. Derecho al desarrollo

El derecho al desarrollo es uno de los denominados derechos de tercera generación. Su definición y características son todavía objeto de debate, pues involucra diversas concepciones jurídicas, políticas e ideológicas, y está supeditado a un espectro muy amplio de condicionantes. Los siguientes fragmentos pueden ilustrar los elementos fundamentales que caracterizan a este derecho:

[16.] El derecho al desarrollo

(Allan Rosas, *The Right to development*, in: Asbjorn Eide, et al, *“Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook”*, (1995).)

I . INTRODUCCION

La relación entre los derechos humanos y el desarrollo económico y social ha sido señalada ya en la Carta de la ONU. El artículo 55 requiere que las Naciones Unidas promuevan (a) un más alto nivel de vida y de la condiciones nacionales de desarrollo económico y social; (b) soluciones a los problemas internacionales relacionados con lo económico, social y la salud y la cooperación internacional, cultural y educativa; y (c) el respeto universal por los derechos fundamentales y las libertades fundamentales. De acuerdo con el artículo 56 “todos los miembros se obligan a tomar acciones conjuntamente y por separado con la organización para la consecución de los propósitos establecidos en el artículo 55”. [traducción no oficial]

El artículo 55 de la Carta también señala que el objetivo central es la creación de las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre los países ‘basadas en el respeto por los principios de igualdad de derechos y autodeterminación de los pueblos’. Como se [ha indicado] . . ., el derecho a la autodeterminación ha alcanzado en consecuencia el carácter de principio de derecho. Como se expresa en el artículo 1 (1) común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDGP) y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), el derecho a la autodeterminación incluye el derecho de todos los pueblos a buscar libremente su desarrollo económico, social y cultural’.

En el año de la adopción de los Pactos (1966), el derecho al desarrollo fue mencionado por el Ministro de Asuntos Exteriores de Senegal en el contexto de su llamado a un nuevo orden económico internacional. En 1969, la Asamblea Nacional de la ONU adoptó una *Declaración Sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social*. A principios de los años setenta el propósito era elaborar la formulación de un derecho específico al desarrollo como derecho humano. En 1977, la Comisión

de Derechos Humanos instó a la ONU a adelantar un estudio de dimensiones internacionales sobre el derecho al desarrollo. Estas acciones se basaron en lo que se ha llamado el enfoque estructural, que implica la integración de los derechos humanos con asuntos de alcance global, como el desarrollo económico y social y las causas estructurales de las violaciones de derechos humanos.

Este enfoque ha avanzado principalmente en países del Tercer Mundo, mientras que en los estados occidentales se han presentado reservas, basadas tanto en el discutible temor a la disolución del concepto de derechos humanos como en el hecho de que se verán enfrentados a demandas de los países en vías de desarrollo por la titularidad de los recursos.

Por tanto, se entiende que el único tratado vinculante de derechos humanos que ha reconocido el derecho al desarrollo es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (AfCHPR). El artículo 22 de la AfCHPR establece que:

1. Todos los pueblos tendrán el derecho a su desarrollo económico, social y cultural con el debido respeto a su libertad e identidad y el mismo disfrute de lo que es común a la humanidad
 2. Los Estados tendrán la obligación, individual o colectivamente, de asegurar el ejercicio del derecho al desarrollo.
- [traducción no oficial]

Esta disposición por supuesto sólo vincula a los Estados africanos que son parte de la Carta africana. Sin embargo, también fue fuente de inspiración para la entonces preparación inicial de un instrumento universal sobre derecho al desarrollo. [traducción es nuestra; notas de pie de página omitidas]

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (*Naciones Unidas*)

Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986

La Asamblea General,

Teniendo presentes los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas relativos a la realización de la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión,

Reconociendo que el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan,

Considerando que, conforme a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a un orden social e internacional en el que se puedan realizar plenamente los derechos y las libertades enunciados en esa Declaración,

Recordando las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Recordando además los acuerdos, convenciones, resoluciones, recomendaciones y demás instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados relativos al desarrollo integral del ser humano y al progreso y desarrollo económicos y sociales de todos los pueblos, incluidos los instrumentos relativos a la descolonización, la prevención de discriminaciones, el respeto y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y el ulterior fomento de relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta,

Recordando el derecho de los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual tienen derecho a determinar libremente su condición política y a realizar su desarrollo económico, social y cultural,

Recordando también el derecho de los pueblos a ejercer, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, su soberanía plena y completa sobre todos sus recursos y riquezas naturales,

Consciente de la obligación de los Estados, en virtud de la Carta, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, sin distinción de ninguna clase por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, situación económica, nacimiento u otra condición,

Considerando que la eliminación de las violaciones masivas y patentes de los derechos humanos de los pueblos e individuos afectados por situaciones tales como las resultantes del colonialismo, el neocolonialismo, el *apartheid*, todas las formas de racismo y discriminación racial, la dominación y la ocupación extranjeras, la agresión y las amenazas contra la soberanía nacional, la unidad nacional y la integridad territorial y las amenazas de guerra, contribuirá a establecer circunstancias propicias para el desarrollo de gran parte de la humanidad,

Preocupada por la existencia de graves obstáculos, constituidos, entre otras cosas, por la denegación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, obstáculos que se oponen al desarrollo y a la completa realización del ser humano y de los pueblos, y considerando que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y que, en consecuencia, la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la delegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales,

Considerando que la paz y la seguridad internacionales son elementos esenciales para la realización del derecho al desarrollo,

Reafirmando que hay una estrecha relación entre el desarme y el desarrollo, que los progresos en la esfera del desarme promoverían considerablemente los progresos en la esfera del desarrollo y que los recursos liberados con las medidas de desarme deberían destinarse al desarrollo económico y social y al bienestar de todos los pueblos, y, en particular, de los países en desarrollo,

Reconociendo que la persona humana es el sujeto central del proceso de desarrollo y que toda política de desarrollo debe por ello considerar al ser humano como participante y beneficiario principal del desarrollo,

Reconociendo que la creación de condiciones favorables al desarrollo de los pueblos y las personas es el deber primordial de los respectivos Estados,

Consciente de que los esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos a nivel internacional deben ir acompañados de esfuerzos para establecer un nuevo orden económico internacional,

Confirmando que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable y que la igualdad de oportunidades para el desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos que componen las naciones,

Proclama la siguiente Declaración sobre el derecho al desarrollo:

Artículo 1

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

Artículo 2

1. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.

2. Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo, teniendo en cuenta la necesidad del pleno respeto de sus derechos humanos y libertades

fundamentales, así como sus deberes para con la comunidad, único ámbito en que se puede asegurar la libre y plena realización del ser humano, y, por consiguiente, deben promover y proteger un orden político, social y económico apropiado para el desarrollo.

3. Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste.

Artículo 3

1. Los Estados tienen el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo.

2. La realización del derecho al desarrollo exige el pleno respeto de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

3. Los Estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo. Los Estados deben realizar sus derechos y sus deberes de modo que promuevan un nuevo orden económico internacional basado en la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, y que fomenten la observancia y el disfrute de los derechos humanos.

Artículo 4

1. Los Estados tienen el deber de adoptar, individual y colectivamente, medidas para formular políticas adecuadas de desarrollo internacional a fin de facilitar la plena realización del derecho al desarrollo.

2. Se requiere una acción sostenida para promover un desarrollo más rápido de los países en desarrollo. Como complemento de los esfuerzos de los países en desarrollo es indispensable una cooperación internacional eficaz para proporcionar a esos países los medios y las facilidades adecuados para fomentar su desarrollo global.

Artículo 5

Los Estados adoptarán enérgicas medidas para eliminar las violaciones masivas y patentes de los derechos humanos de los pueblos y los seres humanos afectados por situaciones tales como las resultantes del *apartheid*, todas las formas de racismo y discriminación racial, el colonialismo, la dominación y ocupación extranjeras, la agresión, la injerencia extranjera y las amenazas contra la soberanía nacional, la unidad nacional y la integridad territorial, las amenazas de guerra y la negativa a reconocer el derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación.

Artículo 6

1. Todos los Estados deben cooperar con miras a promover, fomentar y reforzar el respeto universal y la observancia de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin ninguna distinción por motivos de raza, sexo, idioma y religión.

2. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

3. Los Estados deben adoptar medidas para eliminar los obstáculos al desarrollo resultantes de la inobservancia de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales.

Artículo 7

Todos los Estados deben promover el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales y, con ese fin, deben hacer cuanto esté en su poder por lograr el desarme general y completo bajo un control internacional eficaz, así como lograr que los recursos liberados con medidas efectivas de desarme se utilicen para el desarrollo global, en particular de los países en desarrollo.

Artículo 8

1. Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos. Deben adoptarse medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo. Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales.

2. Los Estados deben alentar la participación popular en todas las esferas como factor importante para el desarrollo y para la plena realización de todos los derechos humanos.

Artículo 9

1. Todos los aspectos del derecho al desarrollo enunciados en la presente Declaración son indivisibles e interdependientes y cada uno debe ser interpretado en el contexto del conjunto de ellos.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Declaración debe ser interpretado en menoscabo de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, ni en el sentido de que cualquier Estado, grupo o persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad o realizar cualquier acto cuyo objeto sea la violación de los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos internacionales de derechos humanos.

Artículo 10

Deben adoptarse medidas para asegurar el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del derecho al desarrollo, inclusive la formulación, adopción y aplicación de medidas políticas, legislativas y de otra índole en el plano nacional e internacional.

* * * * *

B. LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LA CONVENCIÓN AMERICANA. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS: REALIZACIÓN PROGRESIVA E INTERDEPENDENCIA

Preguntas

¿Qué implica la progresividad de los derechos económicos y sociales en cuanto a su exigibilidad?
¿Cómo pueden integrarse los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “DESC”) con los derechos civiles y políticos? ¿Son justiciables los derechos económicos, sociales y culturales ante organismos internacionales? ¿Son justiciables ante tribunales nacionales?

1. Comentario general sobre los DESC

Es común considerar que los derechos económicos, sociales y culturales constituyen únicamente aspiraciones u objetivos a ser cumplidos progresivamente por los Estados encargados de garantizarlos, debido a que la implementación de dichos derechos está sujeta a la disponibilidad de recursos escasos. Este concepto de progresividad implica la no exigibilidad de dichos derechos; en otras palabras, los Estados sólo adquieren la obligación de ir implementándolos paulatina y progresivamente.

Los DESC han sido comparados con los derechos civiles y políticos de acuerdo con ciertas características que parecen diferenciarlos. Generalmente los derechos civiles y políticos son considerados inmediatamente exigibles por parte de los titulares. Los Estados no pueden condicionar su vigencia a la escasez de recursos. Es así como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad, entre otros, deben ser respetados y garantizados en su integridad y sin condicionantes.

Internacionalmente, la efectividad y la vigencia de los DESC está muy vinculada a principios y derechos de carácter civil y político tales como la igualdad y la no discriminación, así como las garantías judiciales necesarias. La expectativa internacional acerca de los DESC es que el Estado implemente medidas legislativas y de otro carácter con un sentido distributivo e igualitario. De la misma manera, es internacionalmente relevante que los tribunales internos otorguen las debidas garantías a los DESC.

[I.] **La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región**
(CIDH, Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993 ,
OEA/Ser.L/V/II.85 Doc. 8 rev., 11 febrero 1994)

INTRODUCCION

La Comisión ha preparado el siguiente informe sobre los derechos económicos, sociales y culturales en cumplimiento de la resolución de la Asamblea General AG/RES. 1213 (XXIII-0/93) por la que se insta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("la Comisión") a que continúe "dedicando especial atención al campo de los derechos económicos, sociales y culturales, a fin de contribuir al desarrollo de los Estados miembros".

La premisa en que se sustenta el presente informe es el principio estipulado en la resolución de la Asamblea General AG/RES.1213 (XXIII-0/93):

Que sólo puede realizarse el ideal de ser humano libre, **exento de temor y de la pobreza**, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos (énfasis agregado).

Esta resolución se inspira en el compromiso de los Estados miembros con los principios establecidos en la Carta de la OEA, en cuyo artículo 33 se establece:

Que la igualdad de oportunidades, 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.

Además, en el inciso f) del artículo 44 de la Carta, los Estados miembros acuerdan fomentar:

La incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del sistema democrático.

Estos principios están reafirmados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("la Convención Americana"), que en su artículo 1 obliga a los Estados signatarios a:

Respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su **libre y pleno ejercicio** a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación** alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, **posición económica**, nacimiento o cualquier otra condición social (énfasis agregado).

El artículo 26 de la misma Convención expresa el principio del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales. Dicho artículo dice textualmente:

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 u otros medios apropiados.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("la Declaración") establece en su Preámbulo que los pueblos americanos "tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente...". La Declaración reconoce que el sistema inicial de protección que la misma estableció se adapta a "las condiciones sociales y jurídicas actuales, no sin reconocer (de parte de los Estados americanos) que deben afianzar cada vez más ese sistema en la esfera internacional a medida que las condiciones se tornen más favorables". La Declaración enumera una serie de derechos civiles y políticos, así como derechos económicos, sociales y culturales.

Teniendo en cuenta la necesidad de afianzar cada vez más el sistema, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("el Protocolo de San Salvador"), aprobado por la Asamblea General en 1988, indica un nuevo compromiso dentro del sistema interamericano de derechos humanos para hacer valer tales derechos. El Protocolo compila en forma de tratado los principios de igualdad social y los derechos individuales establecidos en anteriores instrumentos de derechos humanos, incluida la Carta de la OEA y resoluciones de la Asamblea General. El artículo 1 del Protocolo de San Salvador estipula que:

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el Protocolo.

Los artículos 10, 11, 12 y 13 del Protocolo de San Salvador garantizan los derechos a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación y a la educación, respectivamente. El respeto por estos derechos garantiza las necesidades básicas para la supervivencia que, combinados con los demás derechos estipulados en el Protocolo, a saber, el derecho al trabajo (artículo 6), a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (artículo 7), los derechos sindicales (artículo 8), a la seguridad social (artículo 9), a los beneficios de la cultura (artículo 14), a la constitución y protección de la familia (artículo 15) y otros, crean las condiciones "que permitan a toda persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos" (Preámbulo del Protocolo).

I. La indivisibilidad de los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales

La Comisión siempre ha reconocido la relación orgánica entre la violación de los derechos a la seguridad física, por una parte, y la negación de los derechos económicos y sociales y la supresión de la participación política. 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.

Una vida libre del temor y la necesidad comporta inevitablemente garantizar los derechos civiles y políticos puesto que a través de la participación popular, quienes son objeto de la negación de sus derechos económicos y sociales, pueden participar en las decisiones que se relacionan con la asignación de los recursos nacionales y el establecimiento de programas sociales, educativos y de salud. La participación popular, objetivo de la democracia representativa, garantiza que todos los sectores sociales participen en la formulación, aplicación y revisión de los programas nacionales. Y, aunque podría afirmarse que la participación política fortalece la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, también es verdad que la aplicación de esos derechos crea las condiciones para que la población en general sea capaz, es decir, saludable y educada, para participar activa y productivamente en el proceso de toma de las decisiones políticas.

Las formalidades de la democracia, la elección de presidentes y parlamentarios, no es un cimiento lo suficientemente firme para garantizar sistemas políticos y económicos estables y duraderos. Ello queda demostrado por el hecho de que, pese a la transición de la región, en el último decenio, al imperio de la democracia, en el mismo período se ha presenciado también un marcado aumento de la incidencia de la pobreza que pone en peligro la estabilidad política de numerosos Estados de la región. En 1980, el 41% de la población total de América Latina vivía por debajo del umbral de pobreza y para fines del decenio, la cifra superó el 45%.

La pobreza es en parte resultado de la insuficiente dedicación y organización del Estado para proteger y promover los derechos económicos, sociales y culturales. Como se señaló antes, cuando el Estado no garantiza los derechos económicos, sociales y culturales, se está indicando también una falta de garantías civiles y políticas. La capacidad de participar en la sociedad conlleva derechos civiles y políticos, conjuntamente con derechos económicos, sociales y culturales. De ello se desprende que, sin progreso en el área de los derechos económicos y sociales, los derechos civiles y políticos logrados con gran esfuerzo y sacrificio humano, siguen siendo una mera aspiración para los sectores de menos recursos y más bajo nivel de educación. En última instancia, la consolidación de la democracia representativa, meta de todos los Estados miembros, comporta el ejercicio de una participación plena por parte de todos los integrantes de la sociedad.

Al respecto, la Comisión recuerda el artículo 33 de la Carta, que establece “que la igualdad de oportunidades, la distribución equitativa de la riqueza y el ingreso y la plena participación de sus pueblos en las decisiones relacionadas con su propio desarrollo son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral”.

Cuando los sectores más vulnerables de la sociedad no tienen acceso a los elementos básicos para la supervivencia que les permitirían salir de su situación, se está contraviniendo voluntariamente o se está condonando la contravención del derecho a ser libre de toda discriminación y los consiguientes principios de igualdad de acceso y equidad en la distribución, y el compromiso general de proteger a los elementos vulnerables de la sociedad. Además, si no se satisfacen esas necesidades básicas, se ve amenazada directamente la propia supervivencia del individuo, lo que implica el derecho a la vida, la seguridad personal y, como se indicó antes, el derecho a participar en los procesos políticos y económicos.

La Comisión toma nota de que la pobreza tiene sus mayores efectos en los niños. De acuerdo con el Instituto Interamericano del Niño, el 45% de la población de América Latina está compuesta por niños, y alrededor del 50% de ellos viven en condiciones de pobreza extrema. Esta se describe como una condición de vida tan limitada por la desnutrición, la enfermedad, el analfabetismo, la escasa expectativa de vida y la elevada mortalidad infantil que está por debajo de la definición racional de decencia y dignidad humanas. Sin alimentos ni acceso a servicios básicos de salud, y con escasa o ninguna educación, o sin tiempo para recibir instrucción, ya que deben ganarse la vida o ayudar a sus familias, estos niños quedan atrapados en la lucha diaria por la supervivencia.

II. El principio del desarrollo progresivo

El principio de que los derechos económicos, sociales y culturales deben alcanzarse progresivamente no significa que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización plena de tales derechos. 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.

Además, el desarrollo progresivo de los derechos no se limita a los económicos, sociales y culturales. El principio de la progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían. Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos. El método de expansión puede depender de la aplicación directa de las disposiciones previstas en el propio tratado, o mediante enmiendas o protocolos adicionales que complementen, elaboren o perfeccionen los derechos ya establecidos en el tratado. Sirvan de ejemplo la evolución y expansión de los instrumentos interamericanos de derechos humanos. Los principios formulados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fueron elaborados y ampliados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Análogamente, el Protocolo de San Salvador es una extensión de las normas y principios establecidos en los dos textos anteriores y en la Carta.

De manera que de ello se desprende que la obligación de los Estados miembros de observar y defender los derechos humanos de los individuos dentro de sus jurisdicciones, como lo establecen la Declaración Americana y la Convención Americana, los obliga, independientemente del nivel de desarrollo económico, a garantizar un umbral mínimo de esos derechos. El nivel de desarrollo 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. Esta idea se reafirma en el artículo 32 de la Carta de la OEA, donde se describe el desarrollo como la “responsabilidad primordial de cada país y debe constituir un proceso continuo e integral para el establecimiento de un orden económico y social más justo...”. Sin embargo, la Comisión toma nota de que, en vista de la desigual distribución de la riqueza en los Estados de la región y de otras deficiencias estructurales (como veremos más adelante), 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.

III. Factores que contribuyen a la negación de los derechos económicos, sociales y culturales

En un informe conjunto de 1993 publicado por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI), América Latina es señalada como la región del mundo con la distribución de riqueza más desigual, situación que ha venido empeorando desde los años de 1950. El informe explica que el 20% más pobre de la población de América Latina y el Caribe recibe el 4% del ingreso nacional, mientras que el 10% más rico de la población de la región recibe entre el 42% y el 43% del ingreso. De manera similar, el informe de 1992 sobre desarrollo humano, preparado por el PNUD, señala que, pese a que América Latina tiene una de las economías más avanzadas del mundo en desarrollo, los países de la región presentan algunos de los contrastes más notorios entre las clases sociales y en ellos viven millones de personas por debajo del umbral de pobreza.

Algunos ejemplos señalados en el informe del PNUD son los siguientes: en Brasil, que tiene una de las distribuciones de ingreso más desiguales del mundo, el 20% más rico de la población recibe un ingreso 26 veces superior al del 20% más pobre; en Chile, entre 1970 y 1988, el ingreso real del 20% más pobre bajó 3%, mientras que el del 20% más rico aumentó 10%. De manera similar, el informe del PNUD señala que en Estados Unidos, desglosando las comunidades blanca, negra e hispana por poder adquisitivo, educación y salud, existe una marcada diferencia que refleja el acceso no equitativo a la educación y a los servicios básicos de salud. La población blanca de Estados Unidos, tomada aisladamente, figuraría como la número uno del mundo en cuanto a desarrollo humano, en tanto que la población negra figuraría en el lugar 31 y la hispana en el lugar 35.

De acuerdo con el Informe del PNUD de 1991, Costa Rica tiene un buen antecedente en la garantía de la atención de las necesidades básicas de su población. Las reformas sociales comenzaron en los años de 1940, cuando se eliminó el ejército y se crearon instituciones de salud, educación y

seguridad social. A comienzos de los años de 1970, se prestó especial atención a la atención primaria de la salud, poniéndose en práctica programas de salud rurales y comunitarios.

Se argumenta que la recesión económica mundial de los años 80, sumada a la crisis de la deuda externa que afecta a la mayoría de los Estados miembros, es la causa de la incidencia de la pobreza. Sin embargo, los ajustes económicos y estructurales que muchos Estados de la región han aplicado para acceder al crédito financiero internacional han exigido drásticas reducciones precisamente en la esfera del gasto público en momentos en que los grupos vulnerables de esas sociedades tienen una acuciante necesidad de programas sociales. De manera que el resultado involuntario de esos programas de ajuste económico ha sido en los hechos un agravamiento de la situación de pobreza. Son los pobres los que soportan la mayor parte de la carga económica y social causada por la restricción del gasto público.

Los ajustes económicos no deben comportar una menor observancia de los derechos humanos, sino que más bien deben utilizarse para corregir los desequilibrios sociales y las violaciones estructurales intrínsecas de las estructuras económicas y sociales de los países de la región. De hecho, recientemente se ha modificado la opinión prevaleciente respecto del ajuste. El Banco Mundial y, en alguna medida, el Fondo Monetario Internacional han empezado a incorporar programas sociales y de alivio de la pobreza en su política y sus programas de ajuste.

IV. Informes de países

En junio de 1993, la Comisión solicitó a los Estados miembros que brindaran información sobre las medidas aplicadas para fomentar los derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión aprecia el esfuerzo de los Estados miembros que han presentado informes respecto de la situación de esos derechos en su jurisdicción, así como los informes que se refieren a la situación de los derechos del niño, la mujer y los discapacitados en sus países. En 1993, Canadá, Chile, la República Dominicana, El Salvador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela presentaron informes. Esos informes hacían referencia a la legislación aplicable que comprende derechos específicos e incluyen, en muchos casos, programas de acción que los respectivos gobiernos han aplicado o están en vías de ejecutar. Muchos de los informes también señalan las carencias y desigualdades de sus sistemas. Algunos de esos aspectos se tratan en el documento, como la falta de fondos asignados a los programas de salud y educación y los problemas estructurales históricos que siguen obstaculizando los esfuerzos por aliviar la pobreza y eliminar el analfabetismo.

En el ámbito interamericano, la noción de progresividad se desprende de normas tales como el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

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 u otros medios apropiados.

Artículo 1

Obligación de Adoptar Medidas

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.”

[3.] El enfoque integral: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través de los tratados de derechos civiles y políticos

(Martín Scheinin, *The Integrated Approach: Protection of Economic and Social Rights Through Treaties on Civil and Political Rights*, en: Asbjorn Eide, et al, "Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook", (1995).)

En el plano internacional, la justicia de los derechos económicos y sociales -o al menos algunos de sus elementos- se ha desarrollado principalmente a través de procedimientos de queja en los tratados de derechos civiles y políticos. Abajo señalamos un número de casos decididos por el Comité de Derechos Humanos de la ONU o los órganos de supervisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos que ilustran el llamado enfoque integral, y se explora la posibilidad de que los tratados en cuestión protejan o al menos tomen en cuenta derechos sociales y económicos por medio de sus esfuerzos para proveer la protección internacional de los derechos explícitamente cubiertos por los tratados en cuestión.

3.1 No discriminación (Artículo 26 del PDCP). EL Comité de Derechos Humanos aplicando el PDCP, adoptó el 9 de abril de 1987, después de largas discusiones, su decisión final en tres casos holandeses relacionados con la seguridad social. A través de estos casos se consiguió por primera vez una solución amistosa que establece que la cláusula de la no discriminación del artículo 26 del PDCP es aplicable también en relación al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

En dos de los tres casos el Comité encontró una violación del artículo 26. Estos casos, *Zwaan-de Vries v. The Netherlands* and *Broeks v. The Netherlands* relacionados con la legislación holandesa se refieren a la denegación a mujeres casadas de ciertos beneficios de desempleo garantizados a mujeres solteras y a hombres en general, casados o no. Esta distinción se implementó a través de la aplicación de la presunción legal de que la mujer casada no es la que "gana el pan" para la familia. Sólo presentando evidencia de esta condición puede una mujer casada recibir ciertos beneficios de desempleo, una condición que no se aplica a los hombres casados. La relevancia del artículo 26 del PDCP en cuanto a los derechos sociales se explica como sigue por el Comité:

Aunque el artículo 26 requiere que la legislación debe prohibir la discriminación, no contiene ninguna obligación en sí respecto a las materias que la legislación debe cubrir. Por tanto, no requiere, por ejemplo, que ningún Estado emita legislación para proveer seguridad social. Sin embargo, cuando esa legislación la adopta el Estado haciendo uso de su poder soberano, esa legislación debe cumplir con los requisitos del artículo 26 del Pacto, [traducción no oficial]

La discriminación por razón de sexo ha sido el área donde se ha aplicado con más frecuencia el artículo 26. Aunque uno puede caer en la tentación de concluir que el sexo -posiblemente junto con la raza y el color- es un fundamento sospechoso para hacer diferencias, por ejemplo, en la asignación de beneficios de la seguridad social, se recomienda mucho cuidado al aplicarlo. Todas las prohibiciones de discriminación mencionadas en el artículo 26 del PDCP -incluyendo 'otra condición'- pueden aplicarse en el campo de los derechos económicos y sociales. Esto se demuestra en el caso *Gueye et al. V. France* en que el Comité de Derechos Humanos encontró una violación del artículo 26 por razones de *nacionalidad* entendiéndolas como 'otra condición' en los términos previstos en el tratado. El Comité después de inadmitir una denuncia de discriminación racial encontró una violación del artículo 26 en el hecho de que Francia pagaba inferiores pensiones a los

soldados senegaleses retirados del ejército francés que a los ciudadanos franceses en la misma posición en otros casos. ...

3.2 Salvaguardas de Procedimiento (artículo 6 (1) de la Convención Europea de Derechos Humanos-CEDH). Si la cláusula de no discriminación del artículo 26, quizá la disposición con más fuerza del PDCP, se ha usado para extender la protección del Pacto a algunos aspectos de los derechos económicos y sociales, lo mismo puede decirse de la cláusula del juicio justo del artículo 6 (1) de la Convención Europea de Derechos Humanos. Según la Convención Europea, el alcance de las salvaguardas de procedimiento de la provisión mencionada es quizá el ejemplo más claro de que la CEDH protege además otros derechos cubiertos básicamente por otros tratados de derechos humanos. Por tanto, no es una coincidencia que el juicio justo haya sido, al menos hasta ahora, el punto de partida para las interpretaciones más importantes que protegen algunos derechos económicos y sociales.

El derecho a *asistencia jurídica gratuita* como dimensión ‘social’ del derecho a un juicio justo ha sido señalado especialmente por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Airey*. En este caso, la Corte también discute expresamente la relación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales:

Aunque la Convención establece los derechos civiles y políticos esenciales, muchos de ellos tienen connotaciones de naturaleza social y económica...El mero hecho de que una interpretación de la Convención pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no debe ser un factor decisivo contra dicha interpretación; no hay una división exacta que separe esa esfera del campo cubierto por la Convención. [traducción no oficial]

Otro aspecto de la protección de los derechos económicos y sociales a través del artículo 6 de la CEDH se refiere al *acceso a los tribunales* en las disputas relacionadas con la seguridad social. De acuerdo con el artículo 6 (1) de la CEDH, toda persona tiene derecho a una audiencia pública justa en un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley ‘para determinar sus derechos y obligaciones civiles’ [traducción no oficial] (*soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil*). La disposición ha sido fuente de interpretación cuidadosa, dados los diversos elementos del ‘juicio justo’ que son el tema central en relación con el concepto de ‘derechos civiles’. En tanto que la disposición se interpreta para cubrir servicios o beneficios que dan lugar a derechos económicos y sociales, estos derechos tienen más alcance procedimental para la protección que, sin embargo, tiene implicaciones materiales. En asuntos cubiertos por el artículo 6 (1), los Estados parte están obligados a proporcionar, por ejemplo, acceso a un tribunal, igualdad de medios frente a las autoridades administrativas, asistencia jurídica gratuita en ciertas condiciones, independencia, imparcialidad, y un período de tiempo razonable para emitir la decisión, un razonamiento exhaustivo de la decisión, y en ciertas condiciones, audiencias orales. La disposición no establece normas vinculantes para los beneficios de la seguridad social, pero en caso de que un beneficio de la seguridad social se interprete como cubierto por la cláusula de los derechos civiles del artículo 6 (1), se convierte en un verdadero derecho individual con todas las salvaguardas necesarias contra la arbitrariedad o la discriminación al reconocerse. [traducción no oficial; notas de pie de página omitidas]

La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales
(Antonio Augusto Cançado Trindade, en: *Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo I (1994)*)

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales figura con destaque en la actual agenda internacional de los derechos humanos. La preocupación corriente es en el sentido de asegurar a estos derechos una protección más eficaz, precisamente porque la cuestión de su implementación internacional fue negligenciada en el pasado. Para la consideración de este tema de tanta actualidad podemos distinguir cuatro etapas: las de la dicotomía entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales; de la superación doctrinaria de dicha dicotomía por el reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos; de la búsqueda de solución para una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales; y de las perspectivas de evolución de la materia en los próximos años. Pasemos al examen de cada una de estas etapas.

I. LA DICOTOMIA ENTRE LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, Y LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

La dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales fue consagrada desde los trabajos preparatorios de los dos Pactos de Naciones Unidas y sobre todo en la decisión tomada por la Asamblea General en 1951 de elaborar no uno sino dos instrumentos que trataran respectivamente de las dos categorías de derechos. Se basaba en la idea de que los derechos civiles y políticos eran susceptibles de aplicación “inmediata”, requiriendo obligaciones de *abstención* por parte del Estado, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran implementados por reglas susceptibles de aplicación *progresiva*, requiriendo obligaciones positivas.

Desde esta época, esta dicotomía no revestía un carácter absoluto, puesto que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos prevé la “posibilidad de una realización progresiva” de ciertos derechos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene disposiciones susceptibles de aplicación a corto plazo; los límites entre las dos categorías no son entonces siempre precisos; tal vez la distinción es ante todo una cuestión de grado o de intensidad de las obligaciones generales que vinculan a los Estados Partes. Aún así, y tal vez en este sentido, la distinción fue consagrada por los dos Pactos de Naciones Unidas.

Un estudio sustancial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU consagrado a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque subrayando la variedad de los medios para su implementación, recordaba sin embargo que, tanto para los países menos desarrollados como para los Estados desarrollados, la ausencia de un verdadero poder de coerción hacía que la transformación de los modelos internacionales en derechos se quedara a cargo de las autoridades legislativas nacionales. En este sentido, el artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Carta Social Europea, aceptaron la idea de que “los derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser realizados sino progresivamente”.

Esta supuesta distinción operada en el plano global se ha reencontrado en diversos cuadros regionales de protección de los derechos humanos. En Europa, al lado de la Convención Europea de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, acrecida de sus once Protocolos hasta el presente, la Carta Social Europea fue adoptada. Se deduce de los trabajos preparatorios de esta última, a los cuales la OIT se asoció, que a pesar de la ligación y del carácter complementario de los dos tratados, las negociaciones tenían la convicción de que sería difícil garantizar la aplicación de los derechos económicos y sociales mediante un control judicial o cuasi judicial comparable al previsto por la Convención de 1950.

El continente americano ha conocido un debate similar durante los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969. A pesar de las propuestas de inserción de derechos económicos, sociales y culturales en el proyecto de Convención presentadas en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y en 1965 por Chile y Uruguay, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos siguió la solución de los modelos mundiales y europeo, con la diferencia notable de que la Convención Americana se contenta con remitir, en su artículo 26, a las normas económicas, sociales y culturales contenidas en los artículos 29-50 de la Carta enmendada de la Organización de los Estados Americanos.

Pero se dieron cuenta muy pronto de que, entre los derechos económicos, sociales y culturales, había algunos que requerían mecanismos de protección parecidos a los de los derechos civiles y políticos y que exigían de la misma manera la garantía por parte del Estado, principalmente en cuanto a las libertades. Si recordamos, a este respecto, que este núcleo de derechos fundamentales posee un carácter no derogable, producto de una corriente doctrinaria pero también conquista definitiva de la civilización, reconocida por los tratados generales de protección, se comprende que en el transcurso de los dos últimos decenios, la puerta haya estado abierta hacia una reconsideración general de la dicotomía entre derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos.

....

3. PROTECCION MAS EFICAZ DE LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: LA BUSQUEDA DE SOLUCION

....

b) Los Progresos Alcanzados en el Continente Americano

En 1980-1981, la Asamblea General de la OEA puso de manifiesto, por recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la importancia del respeto de los derechos económicos, sociales y culturales en el continente americano. El artículo 77 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dio a los Estados Partes y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la posibilidad de someter a la Asamblea General de la OEA proyectos de protocolos adicionales, de manera tal que se incluyan progresivamente otros derechos en su sistema de protección.

En efecto, los trabajos preparatorios del primer Protocolo a la Convención Americana, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, se extendieron de 1983 a 1988. La “laguna” persistente hasta entonces en el sistema regional interamericano a la cual la Corte hace alusión tiene una explicación histórica. Si los proyectos presentados por Chile y Uruguay en 1965, en el momento de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como las proposiciones, de seis años anteriores, del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, hubieran sido adoptados, los derechos económicos, sociales y culturales habrían sido incluidos en la Convención Americana. Pero, como ya lo habíamos señalado, fue decidido que las medidas de protección previstas en el Proyecto de la Convención Americana solo eran aptas para los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales siendo destinados a ser “absorbidos” por las normas económicas, sociales y culturales de la Carta de la OEA, ampliadas por los artículos 29-50 del Protocolo de Buenos Aires de 1967. Por consiguiente la Convención Americana no contiene más que un artículo consagrado a los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26), limitándose a disponer sobre su “desarrollo progresivo” a la luz de las normas pertinentes de la Carta enmendada de la OEA. El respeto de estos derechos quedó así desprovisto de un sistema eficaz de control, por cuanto las disposiciones de la Carta de la OEA no tenían como objeto la protección o la garantía de los derechos humanos, sino más bien a definir para los Estados miembros objetivos y líneas de conducta en materia económica, social y cultural. Como los derechos económicos, sociales y culturales son más que simples objetivos destinados a guiar la acción política, el Anteproyecto del Protocolo tenía precisamente por objeto el de remediar esta omisión o deficiencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, con base en las disposiciones pertinentes de la Declaración Americana de 1948, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre El Salvador de 1978 tomó en cuenta la situación de algunos derechos económicos, sociales y culturales; el año siguiente, en Informe sobre Haití igualmente tomó en cuenta los derechos a la educación, a la salud y al trabajo. Significativamente, en su Informe Anual referente a 1979-1980, la Comisión Interamericana constató la “relación orgánica” entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, contribuyendo así para la superación de esta vieja dicotomía en el continente americano.

La adopción, en 1988, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales finalmente llenó la laguna histórica del sistema interamericano relativa a la protección de tales derechos. El Proyecto final que se transformó en el Protocolo de San Salvador invoca, en el preámbulo, *inter alia*, “la estrecha relación” existente entre la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, los cuales forman “un todo indisoluble”. La obligación de no-discriminación, consagrada en el artículo 3, se inspiró en la disposición equivalente del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (artículo 2(2)). La redacción de otras cláusulas obedeció al mismo proceso: el artículo 4 que consagra el principio de no admisibilidad o prohibición de restricciones de los derechos corresponde al artículo 5(2) de aquel Pacto de Naciones Unidas, y el artículo 5 que encuadra el alcance restrictivo de las restricciones y limitaciones al goce y al ejercicio de los derechos consagrados es calcado de las disposiciones equivalentes del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 4) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 30).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado y firmado en San Salvador, El Salvador, en la XVIII Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988, representó el punto culminante de una toma de conciencia -que surgió no solamente en el plano global, sino también a partir de los años 1979-1980, a escala regional de la OEA- en favor de una protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales más eficaz. El Protocolo de 1988 estipula inicialmente (artículo 1) la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas (de orden interno y por medio de la cooperación internacional) “hasta el máximo de los recursos disponibles y teniendo en cuenta su nivel de desarrollo”, con el fin de obtener “progresivamente y de acuerdo con la legislación interna” la “plena efectividad” de los derechos consagrados por el Protocolo.

Los conceptos contenidos en las expresiones “máximo de los recursos disponibles” y “progresivamente” fueron tomadas del artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. El artículo 1 recubre una nueva dicotomía, en el campo de los derechos reconocidos por el Protocolo, entre los derechos económicos, sociales y culturales de “exigibilidad inmediata” y los de “realización progresiva”. Los trabajos preparatorios del Protocolo nos indican además que “la obligación de adoptar medidas...”, contenida en este artículo 1 está destinada a la segunda categoría.

Esta nueva dicotomía es resultante de la búsqueda de un consenso, durante los trabajos preparatorios del Protocolo. Es lo que explica igualmente, en el mecanismo de aplicación -en particular el sistema de informes- adoptado, el rol confiado a órganos otros que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (como el Consejo Interamericano Económico y Social -CIES-, y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura -CIECC). El mecanismo finalmente acordado representa, así, en el continente americano al final de los años 1980, el *mínimo aceptable* en el campo de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Es el caso, v.g., del sistema de peticiones o comunicaciones individuales (reglamentado por los artículos 44-51 y 61-69 de la Convención Americana), reservado para los derechos consagrados en los artículos 8(1)(a) y 13 del Protocolo, adoptado como un denominador común mínimo para alcanzar un

consenso entre las Delegaciones. Sin embargo, esto no nos impide esperar por el día en que se obtenga la adopción de un mecanismo menos tímido, más fuerte y más perfeccionado para la garantía o salvaguardia internacional de estos derechos. El Protocolo de 1988 constituye un paso decisivo en este sentido, pero el camino es todavía largo de recorrer.

En el plano sustantivo, señalemos que el Protocolo de San Salvador consagró el derecho al trabajo (artículo 6), a las condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias (artículo 7), los derechos sindicales (artículo 8), el derecho a la seguridad social (artículo 9), el derecho a la salud (artículo 10), el derecho a un medio ambiente sano (artículo 11), el derecho a la alimentación (artículo 12), el derecho a la educación (artículo 13), el derecho a los beneficios de la cultura (artículo 14), el derecho a la constitución y protección de la familia (artículo 15), los derechos del niño (artículo 16), y la protección de los ancianos (artículo 17), y de los minusválidos (artículo 18), y además la posibilidad de incorporar otros derechos o de ampliar los derechos ya reconocidos (artículo 22).

4. ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE EVOLUCION DE LA MATERIA

a) Plano Regional

En el plano regional, fue necesario el transcurso de un decenio desde las primeras iniciativas europeas y americanas en la búsqueda de una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales para alcanzar al fin soluciones, distintas pero significativas de la evolución en curso. A este respecto, los años 1987 y 1988 fueron marcados por la adopción de dos instrumentos regionales importantes para la salvaguardia de estos derechos, a saber, el Primer Protocolo (de noviembre de 1987) a la Carta Social Europea, ampliando el listado de derechos consagrados y protegidos por ésta, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de noviembre de 1988). El Consejo de Europa prefirió, por el momento, situar ciertos derechos económicos y sociales bajo el sistema de protección de la Carta Social Europea y no bajo el de la Convención Europea de Derechos Humanos, mientras que los redactores del Protocolo de San Salvador escogieron llenar la laguna histórica existente hasta ahora en el seno del sistema interamericano de protección (sobre todo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en lo concerniente a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. El enfoque adoptado por los Estados miembros del Consejo de Europa en la búsqueda de una mayor eficacia en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales parece estar inspirado en una prudencia impregnada de un cierto realismo, no estando los Estados dispuestos a asumir obligaciones suplementarias o más amplias por no estar seguros de tener más capacidad real para cumplirlas. Una actitud similar, por parte de los Estados del continente americano, no podría justificarse en el transcurso del proceso de elaboración del Protocolo Adicional de 1988 a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los Estados europeos, a diferencia de los Estados americanos, disponían ya de mecanismos que garantizaban un cierto nivel de protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, paralelamente a la Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Social Europea de 1961 aseguraba la protección de los derechos económicos y sociales del individuo (derechos al trabajo, a la libertad sindical, a la seguridad social, entre otros), por medio de un sistema

de control que recordaba en ciertos aspectos al de la OIT (informes). Los distintos órganos de supervisión de la Carta han desarrollado una "jurisprudencia", y la Carta ha generado consecuencias prácticas, inclusive para el derecho interno de los Estados Partes, lo que, a su vez, ha estimulado presiones recientes en el sentido de un reforzamiento del sistema de control.

Paralelamente, y siempre en el marco del Consejo de Europa, el *corpus* de la Convención Europea de Derechos Humanos fue ampliado por la adopción hasta el momento de once Protocolos adicionales, que tratan sobre diferentes temas tales como, *inter alia*, la extensión o ampliación de los derechos protegidos. Sobre todo entre estos derechos "adicionales" que vienen a agregarse a la lista inicial de la Convención Europea de 1950, se encuentran los derechos económicos y sociales, consagrados por el Protocolo I de 1952, entre los que figuran el derecho a la propiedad privada (artículo 1), el derecho a la educación (artículo 2), el derecho a la libertad de expresión por medio de elecciones libres y periódicas (artículo 3).

En el continente americano, el Protocolo de San Salvador de 1988 abre nuevas importantes vías de acción en relación con la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Contempla, por ejemplo, la aplicación del sistema de peticiones individuales (regulado por los artículos 44-51 y 61-69 de la Convención Americana) al derecho de asociación y libertad sindical (artículo 8(1)(a) del Protocolo) y al derecho a la educación (artículo 13 del Protocolo) (artículo 19 párr. 6). Prevé, además, la formulación por la Comisión Interamericana de observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el Protocolo en los Estados Partes (artículo 19 párr. 7). Estas medidas abren una nueva perspectiva para la protección de estos derechos.

Ocurre que, hasta el presente, el Protocolo de San Salvador no ha logrado obtener el número suficiente de ratificaciones para su entrada en vigor, y la probabilidad de que esto ocurra en el futuro cercano es incierta. La Convención Americana no contiene más que un artículo consagrado a los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26), limitándose a disponer sobre su "desarrollo progresivo" a la luz de las normas pertinentes de la Carta enmendada de la OEA. Sin embargo, el artículo 42 de la Convención Americana abre una posibilidad de acción mientras no entre en vigor el Protocolo de San Salvador de 1988. Dispone el artículo 42 que los Estados Partes deben remitir a la Comisión Interamericana copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del CIES y del CIECC, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta enmendada de la OEA.

Surgen indicaciones de que la Comisión Interamericana está dispuesta a considerar más de cerca la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados Partes en la Convención Americana. Así, en su Informe Anual, referente al año de 1991, por ejemplo, la Comisión dedica particular atención al estado de los derechos económicos, sociales y culturales en el hemisferio, en el capítulo destinado a los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de conformidad con la Declaración Americana y la Convención Americana. Se trata, en realidad, de un estudio preliminar que realizó la Comisión Interamericana en cumplimiento de una recomendación de la Asamblea General de la OEA en 1990 con este propósito.

La Comisión Interamericana se basó en informes presentados por algunos Estados miembros de la OEA a organismos internacionales (Chile, México, Argentina, Colombia, Jamaica, República Dominicana y Costa Rica) y en un estudio realizado por la Organización Panamericana de la Salud. La Comisión destacó que para los países del área latinoamericana la década de los ochenta es considerada como la “década perdida”, por confrontar, la mayor parte de ellos, la crisis del endeudamiento y el consecuente empobrecimiento. Así, la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en la región ha confrontado dificultades que se deben en gran parte a la crisis económica por la que atraviesan los países latinoamericanos.

Según el referido estudio, los problemas de mayor incidencia en la región son el gradual deterioro del nivel de vida de la población, la falta de recursos para la asistencia médica y la salubridad pública, el alto índice de mortalidad infantil, las altas tasas de desempleo y subempleo, los altos índices de desnutrición, las altas tasas de analfabetismo, la escasez de viviendas adecuadas, el grave deterioro del medio ambiente, la inestabilidad de los sistemas económicos y los altos niveles inflacionarios, entre otros. Para citar un ejemplo concreto, se conoció, en la reciente epidemia del cólera, un total de 160.000 casos en el Perú (un 3 % de la población total del país), y un total de 87.000 casos registrados en Colombia. Además, otro caso alarmante que afecta el derecho a la salud en el área es la aparición del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), especialmente en el Brasil.

En un estudio de 1988 sobre la erradicación de la pobreza crítica en América Latina y el Caribe, UNESCO advirtió que las dimensiones de la pobreza no se reducen a un cuadro de cifras en el cual se mide su diferencia con una situación deseable, por cuanto la pobreza crítica posee también una dimensión cultural que no se puede medir (pérdida del sentimiento de dignidad y del sistema de valores). De todo esto deriva la resignación y la violencia, además de la conformación de los sistemas educativos con las relaciones prevalecientes de poder, justificando “la desconfianza que despiertan en las poblaciones pobres”. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advirtió en 1979-1980 sobre la necesidad de erradicación de la pobreza y de atendimento de las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. Agregó que un aumento del ingreso nacional “no se traduce necesaria y correlativamente en un mejoramiento” de los indicadores sociales; la premisa de que un mayor ingreso nacional ayuda a reducir la pobreza en los niveles más bajos de la escala social de un país solo se cumple en aquellos casos en que se ha dado una atención prioritaria a las “mayorías desposeídas”, concluyó la Comisión.

....

[notas de pie de página han sido omitidas]

2. *Justiciabilidad de los DESC*

Comentario

La efectividad en la protección internacional de los DESC tiene dos dimensiones fundamentales: 1) la vigilancia y supervisión internacional de la adecuada implementación de los DESC en general y 2) la aplicación en casos concretos de las normas que reconocen dichos derechos.

Los primeros generalmente están relacionados con las políticas legislativas y/o presupuestarias de los Estados, y la segunda con la exigibilidad de ciertos DESC específicos en tribunales judiciales u otros órganos de adjudicación de derechos. Esta última es, por lo tanto, el área que compete e interesa a los miembros de la judicatura en relación a los DESC.

La noción de “derechos” sin acción, que es consecuencia de esa concepción de progresividad de los DESC, resulta problemática desde un punto de vista eminentemente jurídico. Es por esta razón que se hace referencia a la justiciabilidad de ciertos derechos, que en la práctica conduce a identificar aquellos derechos económicos, sociales y culturales consagrados por los tratados internacionales, la Constitución y/o las leyes que son actualmente exigibles y que por lo tanto otorgan una acción o recurso judicial a las personas para que puedan defenderlos.

[II.] La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

(Victor Abramovich, Christian Courtis, Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales, en: Martín Abregú, Christian Courtis, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, (1997)).

La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos. Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho. Si un Estado cumple habitualmente con satisfacer determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social (por ejemplo, si desarrolla un amplio programa de provisión de alimentos a la población amenazada por el hambre), ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho (por ejemplo, del derecho a una alimentación adecuada y a estar protegido contra el hambre -art. 11.1 y 11.2, PIDESC-) como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en el caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar a un derecho

económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si -al menos en alguna medida- el titular/acreedor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho.

Es evidente que la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación a los derechos económicos, sociales y culturales y es este quizá el principal déficit del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos internacionales encargados de la aplicación de los tratados y en los escasos aportes doctrinarios.

En opinión de SCHEININ existen razones falsas y verdaderas que contribuyen a frenar el desarrollo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre las razones falsas señala a las concepciones que atribuyen la no justiciabilidad como desvalor inherente a la naturaleza de esta categoría de derechos. Entre las razones verdaderas menciona la vaguedad de los textos normativos en los cuales se formulan los derechos, y la falta de una práctica institucional de interpretación de esos textos, debido principalmente a la ausencia de mecanismos apropiados de implementación.

De lo dicho hasta ahora se desprenden conclusiones que cuestionan claramente la idea de que sólo los derechos civiles y políticos resultan justiciables. Entendiendo que todo derecho genera al Estado un complejo de obligaciones negativas y positivas, cabe analizar entonces qué tipo de obligaciones brindan la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial. El problema remite a una de las discusiones clásicas en materia de definición de los derechos, consistente en la relación entre un derecho y la acción judicial existente para exigirlo. Algunas dificultades conceptuales que plantea esta discusión, fuente constante de respuestas circulares, tiene directa relación con la estrecha vinculación de la noción clásica de derecho subjetivo, la noción de propiedad y el modelo de Estado liberal. Dado que gran parte de las nociones sustanciales y procesales propias de la formación jurídica continental tradicional surgen del marco conceptual determinado por esta vinculación, muchas de las respuestas casi automáticas dadas frente a la posible justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales insisten en señalar la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelen los derechos sociales. Algunas de las facetas que se señalan al respecto están vinculadas con el carácter colectivo de muchos reclamos vinculados con derechos económicos, sociales y culturales, la inadecuación de la estructura y de la posición del Poder Judicial para exigir el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos a los poderes políticos, o bien la desigualdad que generaría el éxito de algunas acciones individuales en las que se haga exigible un derecho frente al mantenimiento de la situación de incumplimiento en el resto de los casos idénticos no planteados judicialmente. Aun advirtiendo esta dificultad teórica -que por supuesto genera límites en la justiciabilidad de *algunas* obligaciones que surgen de derechos económicos, sociales y culturales- es necesario realizar un análisis teórico pormenorizado para deslindar distintos tipos de situaciones en las que la violación de derechos económicos, sociales y culturales resulte corregible mediante la actuación judicial.

Por un lado, como hemos dicho, en muchos casos las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales provienen del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado. Además de algunos de los ejemplos dados, resulta útil recordar que uno de los principios liminares establecidos en materia de derechos económicos, sociales y culturales es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (cf. art. 2.2 del PIDESC), que de hecho constituye centralmente una obligación negativa para el Estado. Este tipo de violaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos. Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación de acceso a la educación basado en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido, o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulta discriminatoria. En estos casos, resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daños y perjuicios. La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la manifestación viciada de voluntad del Estado, obligándolo a corregirla de manera de respetar el derecho afectado.

Por otro lado, nos enfrentamos a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medidas en el sentido de la protección, aseguramiento y promoción de los derechos en cuestión. Este es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos al respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión presenta, sin embargo, una multiplicidad de facetas, que conviene repasar. Puede concederse que en el caso límite, es decir, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta sumamente difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las tradicionales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia la personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una supuesta sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, la sustitución de medidas generales por decisiones *ad hoc* efectuadas por el juez en el caso particular pueden resultar también fuente de desigualdades indeseables, etcétera.

Ahora bien, aun admitiendo las dificultades, cabe señalar algunas matizaciones a estas objeciones. En principio, resulta difícilmente imaginable la situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho económico, social y cultural. Como hemos dicho párrafos atrás, el Estado cumple en parte con derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación, a través de regulaciones que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía, ejercido *a priori* (a través de autorizaciones, habilitaciones o licencias) o *a posteriori* (a través de la fiscalización). De modo que, cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendientes a garantizar estos derechos, aun en los casos en los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho. Las posibilidades son más evidentes cuando el Estado presta efectivamente un servicio en forma parcial, discriminando a capas enteras de la población. Pueden subsistir, evidentemente, dificultades procesales y operativas en el planteo de casos semejantes, pero difícilmente pueda discutirse que la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva no resulte materia justiciable.

En segundo lugar, más allá de las múltiples dificultades teóricas y prácticas que plantea la articulación de acciones colectivas, en muchos casos el incumplimiento del Estado puede reformularse en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica. La violación general al derecho a la salud puede reconducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación producida por la no producción de una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona, o por el establecimiento de condiciones discriminatorias en el acceso a la educación o a la vivienda, o en el establecimiento de pautas irrazonables o discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social. La habilidad del planteo radicará en la descripción inteligente del entrelazado de violaciones de obligaciones positivas y negativas, o bien de la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho económico, social y cultural, sobre el goce de un derecho civil y político. Podría señalarse que si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de derechos o *intereses individuales homogéneos*, las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública, efecto especialmente valioso al que nos referiremos en el próximo párrafo.

En tercer lugar, aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Tanto en el caso del párrafo anterior -pluralidad de decisiones judiciales individuales que resulten ejecutables- como en el de este párrafo -decisiones judiciales que declaren el incumplimiento de la obligación del Estado en determinada materia, y que eventualmente comuniquen la decisión a los poderes políticos- las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los

derechos, y no meramente a través de las actividades de lobby o demanda político-partidaria. Como dice José Reinaldo DE LIMA LOPES, “el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en mesa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre”. No cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo muy limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos. Ahora bien, uno de los sentidos de la adopción de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que programa de gobierno asumido internacionalmente. Parece evidente que, en este contexto, es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se recuerde a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que “comunique” a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia. La lógica de este proceso es similar a la que informa el requisito del agotamiento de los recursos internos en materia de recursos ante el sistema internacional de protección de los derechos humanos: ofrecer al Estado la posibilidad de conocimiento y reparación de la violación alegada, antes de acudir a la esfera internacional a denunciar el incumplimiento. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es “puesto en mora” por el Poder Judicial, amén de las posibles consecuencias adversas en el plano internacional, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población.

Por último, y como ya lo hemos adelantado, algunas objeciones dirigidas contra la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales son circulares, ya que lo único que señalan es que los instrumentos procesales tradicionales -surgidos en el contexto de litigios que tenían como medida el interés individual, el derecho de propiedad y una concepción abstencionista del Estado- resultan limitados para exigir judicialmente estos derechos. Ya hemos dicho que en muchos casos puede reconducirse la exigencia de derechos económicos, sociales y culturales al reclamo de derechos civiles y políticos, y en estos casos los mecanismos procesales tradicionales resultan al menos parcialmente adecuados. Ahora bien, la falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, sino que más bien exige imaginar instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos. Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen a este objetivo: las nuevas perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad, el desarrollo de la acción declarativa de certeza, las *class actions*, los mandados de *segurança* y de *injunção* brasileños, la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos, son ejemplos de esa tendencia. Cabe agregar además que otra fuente de supuestas dificultades en la promoción de acciones que intentan poner de manifiesto el incumplimiento del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales radica justamente en los privilegios con que cuenta el Estado cuando es llevado a juicio, privilegios que no serían admisibles si se plantearan cuestiones similares entre particulares. De

modo que, lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehiculizar reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos.

En síntesis, si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente *al menos alguna característica* o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación. En palabras de ALEXY: “Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (alemán), en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución”. [notas de pie de página han sido omitidas]

[3.] Los derechos económicos y sociales como derechos legales

(Martin Sheinin, *Economic and Social Rights as Legal Rights*, in: Asbjorn Eide, et al, *“Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook”*, (1995).)

I. SOBRE LA RELACION ENTRE “DERECHO” Y “JUSTICIABILIDAD”

Los derechos económicos y sociales son una parte esencial del código normativo internacional de los derechos humanos. Tienen su lugar en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en convenciones generales de derechos humanos a nivel regional y universal y en la red de tratados cuyos objetivos son la erradicación de la discriminación y la protección de ciertos grupos vulnerables. Estos tratados son legalmente vinculantes en el sentido de que crean obligaciones legales a los Estados parte. En muchos países, los tratados existentes sobre derechos económicos y sociales han sido también incorporados en el orden legal interno, lo que, de igual manera, les otorga validez legal formal en el plano interno.

El problema atinente a la naturaleza legal de los derechos económicos y sociales no se relaciona con su validez, sino más bien con su aplicabilidad. Muchos autores son de la opinión de que los derechos económicos y sociales, debido a su verdadera naturaleza, no son “justiciables” en el sentido que no pueden ser invocados en tribunales de derecho ni pueden ser aplicados por los jueces. Algunos autores fundamentan su posición en el carácter predominantemente político de las obligaciones bajo los tratados existentes sobre derechos económicos y sociales. Otros hacen una distinción entre las obligaciones de resultado y las obligaciones de medio y clasifican los derechos económicos y sociales en la última categoría.

Varios autores han demostrado que esas posiciones son infundadas. En los Principios de Limburgo, relativos a la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y formulados por una reunión de autoridades en la materia en 1986, la posibilidad de que al menos algunas de las disposiciones del Pacto sean aplicables por las cortes es contemplada con claridad. [traducción es nuestra, notas de pie de página han sido omitidas]

Comentario

Las siguientes son las disposiciones relevantes del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) en razón de las cuales los derechos sindicales (artículo 8) y el derecho a la educación (artículo 13) serán justiciables ante la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos una vez que dicho instrumento entre en vigor:

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 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;

b. el derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, 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.

. . . .

Artículo 13 - Derecho a la Educación

4. Toda persona tiene derecho a la educación.
5. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno 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 en 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 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.

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.
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.

....

....

6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado.

....

Si bien la protección internacional de los DESC reviste una gran importancia, ésta tiene un carácter subsidiario a la protección interna. El papel de la implementación interna de estándares internacionales, y en particular la exigibilidad de los DESC, se explica en el siguiente fragmento de Martin Scheinin:

[6.] El papel y el potencial de la implementación interna en el fortalecimiento de la naturaleza legal de los derechos económicos y sociales

(Martin Scheinin, Economic and Social Rights as Legal Rights, en: Asbjorn Eide, et al, "Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook", (1995).)

6.1 Formas varias de protección interna de los derechos económicos, sociales y culturales. En muchos países, la constitución incluye al menos algunos derechos económicos, sociales y culturales. También los actos ordinarios del parlamento y los convenios colectivos entre trabajadores y empleados son importantes fuentes de derechos, principalmente los últimos en relación con asuntos laborales. El grado en que estos derechos se hacen justiciables cambia, pero al menos algunos derechos sociales son frecuentemente invocados en los tribunales, basándose en algunas jurisdicciones en una formulación generalmente contenida en una cláusula constitucional.

En países donde los tratados internacionales en materia de derechos económicos y sociales se incorporan al derecho interno -ya sea por el 'monismo' o como consecuencia de una ley que incorpora el tratado específico- estos tratados pueden también aplicarse en los tribunales. La Carta Social Europea (European Social Charter - ESC) es un ejemplo interesante en este contexto puesto que su apéndice enuncia que **'la Carta contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional, cuya aplicación se somete únicamente a la supervisión prevista en la Parte IV.'** [traducción no

oficial]. Sin considerar que esta cláusula a veces se entiende como excluye que la aplicación interna de las disposiciones de la Carta, los tribunales holandeses y alemanes han aplicado al menos algunas de sus disposiciones. Cuando el parlamento de Finlandia prestó consentimiento a la ratificación de la Carta y emitió una ley de incorporación, el Comité de Asuntos Sociales enunció explícitamente que una consecuencia de la incorporación sería la de que las disposiciones de la Carta se hacen aplicables en los tribunales internos y por las autoridades administrativas. Estos ejemplos muestran que las posibilidades de las disposiciones internacionales sobre derechos económicos y sociales sean 'justiciables' a nivel interno dependen en gran medida del marco constitucional en el que dichas disposiciones están incorporadas. Las normas de los tratados pueden hacerse 'autoejecutables' o directamente aplicables, incluso contra la intención de los legisladores.

Es posible, sin embargo, demostrar en forma más general las posibilidades de aplicar internamente tratados internacionales sobre derechos económicos y sociales. En Suecia los tratados internacionales no se hacen normalmente parte del derecho interno por medio de la incorporación. Son vinculantes internacionalmente para el Estado y la aplicación interna se lleva a cabo por el método de la transformación, esto es, enmendando leyes internas relevantes para hacerlas consistentes con las obligaciones del tratado. De todos modos, se pueden encontrar casos en los que los tribunales hacen referencia a la Carta Social Europea. En una sentencia de 12 de junio de 1991 la Corte Administrativa Suprema de Suecia (*Regeringsrätten*) revocó la decisión de un tribunal inferior y ordenó que se pagaran beneficios de asistencia social a dos solicitantes de asilo, tras hacer referencia a la Carta.

6.2 Los derechos económicos y sociales como derechos subjetivos en el derecho interno. Lo que se ha dicho anteriormente muestra que existen situaciones en las que la norma de un tratado, una cláusula constitucional o una disposición legislativa de un derecho económico o social se entiende como fuentes de un 'derecho subjetivo' que puede ser invocado por un individuo en un tribunal sustentando una demanda o apelación. El artículo 13 (1) de la Carta Social Europea sobre la asistencia social y médica o la cláusula de no discriminación del artículo 26 del PDCP son sólo dos ejemplos de dicho tipo de disposiciones en los tratados. Si hacen parte del derecho interno a través del monismo o de la incorporación, pueden proporcionar al menos *locus standi* y operan independientemente de otras normas jurídicas. Al perfeccionar los mecanismos internacionales de implementación de los derechos económicos y sociales introduciendo, por ejemplo, mecanismos de petición, y al llevar este desarrollo y el uso de los procedimientos ya existentes a prácticas de interpretación institucionalizadas, las posibilidades de aplicación interna directa de los tratados de derechos sociales aumentan.

Otra línea de desarrollo con efectos similares es la garantía de derechos subjetivos en la ley con jurisdicción nacional. Por ejemplo, en los países nórdicos se puede notar una corriente gradual hacia el aseguramiento de varios beneficios y servicios en los campos de seguridad social, salud y educación como derechos individuales. En Finlandia, por ejemplo, el derecho a guarderías municipales para niños pequeños, el derecho a asistencia social, así como el derecho a la vivienda y a ciertos servicios para los gravemente impedidos se han definido como derechos subjetivos en normas parlamentarias.

Un ejemplo ilustrativo de la capacidad de la legislación ordinaria para crear derechos subjetivos económicos y sociales es el caso *Fusa*, que se decidió por el Tribunal Supremo de Noruega (*Høyesterett*) del 25 de septiembre de 1990. El caso se refiere a una persona gravemente impedida a la que se le denegaron ciertos servicios y asistencia por parte de las autoridades municipales. El Tribunal Supremo tomó la posición de que la persona en cuestión tiene un derecho legal a la asistencia y servicios en cuestión y de que su derecho era 'justiciable' en el sentido de que los tribunales de derecho podrían determinar el contenido de un derecho en un caso concreto y ordenar al municipio que pagara compensación por los servicios denegados. [traducción es nuestra; notas de pie de página han sido omitidas]

Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos y Sociales de la ONU
(*Quinto período de sesiones, 1990 E/lg91/23.*)

LA INDOLE DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES (PÁRRAFO 1 DEL ARTICULO 2 DEL PACTO)

1. El artículo 2 resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado. Aunque algunas veces se ha hecho gran hincapié en las diferencias entre las formulaciones empleadas en esta disposición y las incluidas en el artículo 2 equivalente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no siempre se reconoce que también existen semejanzas importantes. En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación...".

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

3. Los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas se definen en el párrafo 1 del artículo 2 como “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”. El Comité reconoce que en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden “ser incluso indispensables”. Por ejemplo, puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias. En esferas como la salud, la protección de los niños y las madres y la educación, así como en lo que respecta a las cuestiones que se abordan en los artículos 6 a 9, las medidas legislativas pueden ser asimismo un elemento indispensable a muchos efectos.

4. El Comité toma nota de que los Estados Partes se han mostrado en general concienzudos a la hora de detallar al menos algunas de las medidas legislativas que han adoptado a este respecto. No obstante, desea subrayar que la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase “por todos los medios apropiados” su significado pleno y natural. Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo que medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la propiedad de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en que se basan para considerar tales medidas como las más “apropiadas” a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas.

5. Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados Partes que son asimismo Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están ya obligados (en virtud de los artículos 2 (párrs. 1 y 3), 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación, reconocidos en el presente Pacto) hayan sido violados, “podrá interponer un recurso efectivo” (apartado a) del párrafo 3 del artículo 2). Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a)), 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables.

6. En los casos en que la adopción de políticas concretas encaminadas directamente a hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto ha tomado forma de disposiciones legislativas, el Comité desearía ser informado, entre otras cosas, de si tales leyes establecen algún derecho de actuación en nombre de las personas o grupos que consideren que sus derechos no se están respetando plenamente en la práctica. En los casos en que se ha dado el reconocimiento constitucional de derechos económicos, sociales y culturales; concretos, o en los que las disposiciones del Pacto se han incorporado directamente a las leyes nacionales, el Comité desearía

que se le informase hasta qué punto tales derechos se consideraran justiciables (es decir, que pueden ser invocados ante los tribunales}. El Comité desearía recibir información concreta sobre todo caso en que las disposiciones constitucionales vigentes en relación con los derechos económicos, sociales, culturales hayan perdido fuerza o hayan sido modificadas considerablemente.

7. Otras medidas que también cabe considerar “apropiadas” a los fines del párrafo 1 del artículo 2 incluyen, pero no agotan, las de carácter administrativo, financiero, educacional y social.

8. El Comité observa que el compromiso de “adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económico el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laissez-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico. A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. El Comité también señala la pertinencia a este respecto de otros derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo.

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

10. Sobre la base de la extensa experiencia lograda por el Comité -así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio- al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

11. El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción. El Comité ya ha tratado de estas cuestiones en observación general 1 (1989).

12. De manera análoga, el Comité subraya el hecho de que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo. En apoyo de este enfoque, el Comité toma nota del análisis preparado por la UNICEF con el título de Ajuste con rostro humano: protección de los grupos vulnerables y promoción del crecimiento, el análisis del PNUD en Desarrollo humano: informe 1990, y el análisis del Banco Mundial en el Informe sobre el Desarrollo Mundial, 1990.

13. Un elemento final del párrafo 1 del artículo 2 sobre el que se ha de llamar la atención, es que la obligación contraída por todos los Estados Partes consiste en “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas...” El Comité observa que la frase “hasta el máximo de los recursos de que disponga” tenía la intención, según los redactores del Pacto, de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales. Mas aún, el papel esencial de esa cooperación en facilitar la plena efectividad de los derechos pertinentes se destaca además en las disposiciones específicas que figuran en los artículos 11, 15, 22 y 23. Con respecto al artículo 22, el Comité ya ha llamado la atención, en la observación general 2 (1990), sobre algunas de las oportunidades y responsabilidades que existen en relación con la cooperación internacional. El artículo 23 señala también específicamente que “la prestación de asistencia técnica” y otras actividades se cuentan entre las

medidas “de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el... Pacto”.

14. El Comité desea poner de relieve que de acuerdo con los Artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, con principios bien establecidos del derecho internacional y con las disposiciones del propio Pacto, la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados. Corresponde particularmente a los Estados que están en condiciones de ayudar a los demás a este respecto. El Comité advierte en particular la importancia de la Declaración sobre el derecho al desarrollo aprobada por la Asamblea General en su resolución 41/128 de 4 de diciembre de 1986 y la necesidad de que los Estados Partes tengan plenamente en cuenta la totalidad de los principios reconocidos en ella. Insiste en que si los Estados que están en situación de hacerlo, no ponen en marcha un programa dinámico de asistencia y cooperación internacionales, la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales seguirá siendo una aspiración insatisfecha en muchos países. A este respecto, el Comité recuerda también los términos de su observación: general 2 (1990). [notas de pie de página han sido omitidas]

C. EL DERECHO A UN ESTANDAR ADECUADO DE VIDA: EL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA EDUCACION, Y LA SUPERACION DE LA POBREZA

Preguntas

¿Qué relevancia judicial tiene el derecho a un nivel adecuado de vida? ¿Puede hablarse del “derecho a la salud”? ¿A la educación? ¿Puede el operador de la norma aplicar directamente a casos concretos normas constitucionales o internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales?

[6.] **El derecho a un adecuado nivel de vida incluyendo el derecho a la alimentación**
(Asbjorn Eide, *The Right to an Adequate Standard of Living including the Right to Food*, in:
Asbjorn Eide, et al, *Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook*, (1995).)

I. COMPONENTES DEL DERECHO A UN ADECUADO NIVEL DE VIDA

De acuerdo con el artículo 25(1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Universal Declaration of Human Rights - UDHR). ‘Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar,[...]’. En otras palabras, el término ‘derecho a un adecuado nivel de vida’ aparece en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PDESC): “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el *derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado* para sí y su familia, [...]” Según el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Convention on the Rights of the Child-CRC) “[l]os Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.”

Por tanto el término aparece en diferentes versiones: adecuado nivel de vida, o nivel de vida adecuado para algo que entonces se explica. El término ‘adecuado nivel de vida’ no se ha definido con precisión en los instrumentos internacionales más relevantes pero su significado se puede deducir hasta cierto punto de las siguientes palabras: En el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el término significa “adecuado para la salud y el bienestar del mismo y de su familia, incluyendo la **alimentación, la ropa, la vivienda, y los cuidados médicos y servicios sociales necesarios**”; y en el artículo 11 del PDESC se incluye la “adecuada **alimentación, ropa y vivienda**,” dondequiera que el niño tiene derecho a ‘un nivel de vida adecuado para su **desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social**.” [énfasis añadido].

El ser humano requiere más que las necesidades básicas de alimentos, ropa o vivienda para participar en la vida diaria de la sociedad. No se puede decir en términos generales cuánto se requiere, sino que depende de las condiciones culturales de la sociedad a que se refiera. El punto esencial es que todos deben ser capaces de participar, sin vergüenza y sin obstáculos absurdos, de la ordinaria interacción cotidiana con otros. Esto significa, *inter alia*, que deben ser capaces de disfrutar de sus necesidades básicas en condiciones dignas. Nadie debería vivir en condiciones en las que la única forma de satisfacer sus necesidades sea degradándose o privándose de sus libertades básicas, como el ejercicio de la mendicidad, la prostitución o el trabajo esclavizante.

En términos puramente materiales, el 'adecuado nivel de vida' debe entenderse aquí como la necesidad de mantener un nivel de vida sobre el nivel de pobreza de la sociedad a que se refiera. La realización de los derechos humanos claramente requiere la erradicación de la pobreza en el mundo, como se visualiza en el "Four Freedom Address" de 1941, inspirador de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos posteriores de derechos humanos. [traducción es nuestra; notas de pie de página omitidas]

[8.] Derechos de la salud

(Katarina Tomaševski, *Health Rights*, in: Ashbjorn Eide, et al, "Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook", (1995).)

I. INTRODUCCION

El derecho internacional de los derechos humanos propone dos clases de normas en relación a la salud: primero, la protección de la salud pública constituye una base legítima para limitar los derechos humanos; y segundo, el derecho a la salud crea títulos para los individuos y las correspondientes obligaciones para los gobiernos. Los límites a los derechos humanos toman cuerpo en la herencia de la salud pública, mientras el escrutinio de dichas medidas sobre la base de criterios de derechos humanos es una novedad. En la definición de las obligaciones de los Estados que corresponden al derecho humano a la salud, se le da prioridad a las medidas de salud pública, como se expone en el artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC). Esta disposición ha sido ulteriormente reforzada por instrumentos internacionales de derechos civiles y políticos. El ejercicio de medidas de salud pública frecuentemente choca con derechos y libertades individuales y gran parte de la atención se concentra en la protección de la vida, la integridad y la libertad individuales contra las medidas coercitivas y compulsorias que las autoridades públicas toman para proteger la salud pública. Las medidas tomadas para prevenir el contagio de epidemias incluyen frecuentemente restricciones a la libertad de movimiento y la privación de libertad.

El reconocimiento internacional del derecho a la salud no significa que la gente tenga el derecho a estar sano. Ni los gobiernos ni los individuos por sí mismos pueden asegurar un específico estado de salud, que está determinado por la herencia del individuo y el medio ambiente, y moldeado por las intervenciones en la salud hasta un punto limitado. Además, estas intervenciones en la salud han demostrado ser menos efectivas para mejorar la salud humana que lo que se denomina en general

como 'desarrollo'. El derecho internacional de los derechos humanos se refiere por tanto al disfrute del *más alto nivel posible de salud* como el objeto del garantizado derecho a la salud. La sustancia de este derecho es relativa por necesidad: el más alto nivel posible de salud que se pueda alcanzar evidentemente varía en tiempo y lugar.

El acceso a servicios de salud como derecho individual no está globalmente reconocido. Una razón para ello es la reticencia de los gobiernos a convertir en práctica un título individual que requiere una gran inversión. La segunda razón es que los factores que fortalecen y perjudican la salud humana van mucho más allá del sector de la salud y, a nivel social, involucran el modelo de desarrollo, y al nivel individual, incluyen el acceso al empleo y/o la generación de ingresos, acceso a una vivienda, nutrición adecuada y agua e higiene. La historia ha mostrado que las mejoras en agua e higiene, nutrición, o vivienda han sido más beneficiosas para el fortalecimiento de la salud que las medidas curativas o preventivas. La definición básica de salud, adoptada por la Organización Mundial de la Salud (World Health Organization), por tanto recoge el bienestar *social*.

Las normas de derechos humanos en relación a la salud se complementan con la ética médica. En Europa, la ética médica se involucra cada vez más con los derechos humanos y se codifica internacionalmente, mientras que los derechos de los pacientes constituyen una rama de rápido desarrollo tanto en el derecho nacional como en el internacional. Se presta también especial atención a los derechos humanos de las personas discapacitadas. En la jurisprudencia de derechos humanos los reclamos de indemnización contra los Estados por no haber implementado un control de calidad de los servicios nacionales de transfusión de sangre, de hospitales o de productos farmacéuticos, están acrecentando el papel del gobierno en este campo. Las garantías convencionales de derechos humanos, ejemplificadas en la protección contra la experimentación involuntaria, están siendo complementadas por una multitud de normas específicas y procedimientos que establecen y detallan la aplicación de los derechos humanos en la salud. [traducción es nuestra]

[12.] El derecho a la educación

(Manfred Novak, *Derecho a la Educación*, en: Asbjorn Eide, et al, "Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook", (1995).)

1. DERECHOS HUMANOS Y EDUCACION

El derecho a la educación, incluyendo varios aspectos de la libertad de educación y la libertad de cátedra, constituye una parte esencial del derecho contemporáneo de los derechos humanos. Aunque el derecho a la educación es generalmente considerado un derecho cultural, también está relacionado con otros derechos humanos.

La educación es un requisito previo para el ejercicio de los derechos humanos. El goce de muchos derechos civiles y políticos, como la libertad de información, expresión, reunión y asociación, el derecho a votar y a ser elegido o el derecho a tener igual acceso al servicio público depende de al menos un nivel mínimo de educación que incluye la alfabetización. De manera

similar, muchos derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a elegir trabajo, a recibir igual salario por igual trabajo, a formar sindicatos, a participar en la vida cultural, a disfrutar de los beneficios del progreso científico y a recibir una educación superior basada en la capacidad, pueden sólo ser ejercitados significativamente después de haber alcanzado un mínimo nivel de educación.

La educación se dirige a fortalecer los derechos humanos. Aunque los fines y objetivos de la educación pueden variar según la perspectiva histórica, política, cultural, religiosa o el contexto nacional, hay un consenso creciente en el derecho internacional actual que la tolerancia y el respeto por los derechos humanos deben constituir una característica esencial del ser humano educado. Por ejemplo, los 127 Estados parte del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) “Acuerdan que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

La educación es un medio importante de promover los derechos humanos. La tolerancia, el respeto por los derechos humanos no son sólo un importante fin de la educación, sino que la *educación de los derechos humanos* a todos los niveles es también el medio más importante para crear una cultura universal de los derechos humanos. Para promover una conciencia creciente sobre los derechos humanos y la tolerancia mutua, los 171 gobiernos participantes en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 “hicieron un llamado a todos los Estados e instituciones para que incluyan derechos humanos, derecho humanitario, democracia y estado de derecho como materias en los planes de estudio en todas las instituciones académicas a niveles formales y no formales”. La difusión de información de los fundamentos éticos y filosóficos de derechos humanos, así como el conocimiento práctico de la protección de los derechos humanos de cada persona contra la interferencia indebida del Estado, la sociedad o cualquier otro ser humano dirigida a reducir el gran abismo entre la teoría y la práctica de los derechos humanos, es una de las tareas contemporáneas más importantes para los gobiernos, los centros educativos, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales. [traducción es nuestra; notas de pie de página han sido omitidas]

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Organización de los Estados Americanos)

....

Artículo XI. Derecho a la preservación de la salud y al bienestar.

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Artículo XII. Derecho a la educación.

Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

Artículo XIII. Derecho a los beneficios de la cultura.

Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

Artículo XIV. Derecho al trabajo y a una justa retribución.

Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

Artículo XV. Derecho al descanso y a su aprovechamiento.

Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico.

Artículo XVI. Derecho a la seguridad social.

Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

....

D. RELEVANCIA DE OTROS TRATADOS. IMPORTANCIA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES CONSAGRADOS INTERNAMENTE

Preguntas

¿Deben la Comisión o la Corte Interamericanas tomar en cuenta otros tratados o normas internas para interpretar la Convención Americana y sus protocolos? ¿A nivel nacional deben los miembros de la judicatura utilizar los criterios de interpretación establecidos en la Convención Americana y sus Protocolos?

Comentario

De conformidad con el Artículo 29 de la Convención Americana, este instrumento debe ser interpretado de manera que se aplique el estándar legal más protectivo. Por lo tanto, si los tribunales internos ofrecen una interpretación de un derecho fundamental consagrado internamente que resulta más protectora que la interpretación internacional del mismo derecho, debe optarse por el interno. Lo mismo sucede en el sentido contrario, cuando la interpretación menos restrictiva es aquella del ámbito internacional. Este criterio de interpretación es válido tanto para los tribunales internos como para los órganos de protección internacionales.

El Artículo 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y el Artículo 5(2) del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU también consagran principio del derecho menos restrictivo:

Artículo 4 - No Admisión de Restricciones

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

* * * * *

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

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

Las siguientes disposiciones son algunos ejemplos comparados de normas constitucionales de diversos países de América Latina que consagran derechos económicos sociales y culturales. En el caso de algunas de ellas existe la clara posibilidad de que sean aplicadas judicialmente a casos concretos constituyéndose en derechos justiciables a nivel nacional. Más aun, dichas normas y la interpretación que de ellas realice el operador judicial constituyen para los organismos internacionales de derechos humanos, según el antes mencionado Artículo 29 de la Convención Americana, un referente obligado en relación con un Estado en particular, siempre y cuando dichas normas internas sean menos restrictivas que los estándares internacionales respecto de un derecho específico.

COSTA RICA

Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 60.-

Tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales.

Queda prohibido a los extranjeros ejercer dirección o autoridad en los sindicatos.

Artículo 61.-

Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.

Artículo 78.-

La Educación General Básica es obligatoria, ésta, la preescolar y la educación diversificada son gratuitas y costeadas por la Nación.

El Estado facilitará la prosecución de estudios superiores a las personas que carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las correspondientes becas y auxilios estará a cargo de Ministerio del ramo por medio del organismo que determine la ley.

Artículo 82.-

El Estado proporcionará alimento y vestido a los escolares indigentes, de acuerdo con la ley.

Recursos de Protección

Artículo 48.-

Toda persona tiene derecho al recurso de Habeas Corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

GUATEMALA

Artículo 119.- Obligaciones del Estado. Son obligaciones fundamentales del Estado:

- a) Promover el desarrollo económico de la Nación, estimulando la iniciativa en actividades agrícolas, pecuarias, industriales, turísticas y de otra naturaleza;
- b) Promover en forma sistemática la descentralización económica administrativa, para lograr un adecuado desarrollo regional del país;
- c) Adoptar las medidas que sean necesarias para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales en forma eficiente;
- d) Velar por la elevación del nivel de vida de todos los habitantes del país procurando el bienestar de la familia;
- e) Fomentar y proteger la creación y funcionamiento de cooperativas proporcionándoles la ayuda técnica y financiera necesaria;
- f) Otorgar incentivos, de conformidad con la ley, a las empresas industriales que se establezcan en el interior de la República y contribuyan a la descentralización;
- g) Fomentar con prioridad la construcción de viviendas populares, mediante sistemas de financiamiento adecuados a efecto que el mayor número de familias guatemaltecas las disfruten en propiedad. Cuando se trate de viviendas emergentes o en cooperativa, el sistema de tenencia podrá ser diferente;
- h) Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad;
- i) La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos;
- j) Impulsar activamente programas de desarrollo rural que tiendan a incrementar y diversificar la producción nacional con base en el principio de la propiedad privada y de la protección al patrimonio familiar. Debe darse al campesino y al artesano ayuda técnica y económica;
- k) Proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión;

- l) Promover el desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior del país, fomentando mercados para los productos nacionales;
- m) Mantener dentro de la política económica, una relación congruente entre el gasto público y la producción nacional; y
- n) Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

Derechos económicos, sociales y culturales

Artículo 71.- Derecho a la educación. Se garantiza la libertad de enseñanza y de criterio docente. Es obligación del Estado proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna. Se declara de utilidad y necesidad públicas la fundación y mantenimiento de centros educativos culturales y museos.

Artículo 74.- Educación obligatoria. Los habitantes tienen el derecho y la obligación de recibir la educación inicial, preprimaria, primaria y básica, dentro de los límites de edad que fije la ley.

La educación impartida por el Estado es gratuita.

El Estado proveerá y promoverá becas y créditos educativos.

La educación científica, la tecnológica y la humanística constituyen objetivos que el Estado deberá orientar y ampliar permanentemente.

El Estado promoverá la educación especial, la diversificada y la extra escolar.

Artículo 94.- Obligación del Estado, sobre salud y asistencia social. El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.

Artículo 100.- Seguridad social. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria.

El Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen, con la única excepción de lo preceptuado por el artículo 88 de esta Constitución, tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo.

La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias; goza de exoneración total de impuestos, contribuciones y arbitrios, establecidos o por establecerse. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe participar con las instituciones de salud en forma coordinada.

El Organismo Ejecutivo asignará anualmente en el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, una partida específica para cubrir la cuota que corresponde al Estado como tal y como empleador, la cual no podrá ser transferida ni cancelada durante el ejercicio fiscal y será fijada de conformidad con los estudios técnicos actuariales del instituto.

Contra las resoluciones que se dicten en esta materia, producen los recursos administrativos y el de lo contencioso-administrativo de conformidad con la ley. Cuando se trate de prestaciones que deba otorgar el régimen, conocerán los tribunales de trabajo y previsión social.

Recursos de Protección

Artículo 265.- Procedencia del amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

MEXICO

Derechos económicos, sociales y culturales

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El estado -federación, estados y municipios- impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación primaria y la secundaria son obligatorias. La educación que imparta el estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

i. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa;

ii. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:

a) será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;

b) será nacional, en cuanto -sin hostilidades ni exclusivismos- atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura, y

c) contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos;

iii. Para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo y en la fracción ii, el ejecutivo federal determinará los planes y programas de estudio de la educación primaria, secundaria y normal para toda la república. Para tales efectos, el ejecutivo federal considerará la opinión de los gobiernos de las entidades federativas y de los diversos sectores sociales involucrados en la educación, en los términos que la ley señale;

iv. Toda la educación que el estado imparta será gratuita;

v. además de impartir la educación preescolar, primaria y secundaria, señaladas en el primer párrafo, el estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos -incluyendo la educación superior- necesarios para el desarrollo de la nación, apoyará la investigación científica y tecnológica, y alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura;

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.

xvi. Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera;

xvii. Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos las huelgas y los paros;

xviii. Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso con diez días de anticipación, a la junta de conciliación y arbitraje, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciere actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquéllos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependan del gobierno;

xix. Los paros serán lícitos únicamente cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de la junta de conciliación y arbitraje;

xi. La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

a) cubrirá los accidentes y enfermedades profesionales; las enfermedades no profesionales y maternidad; y la jubilación, la invalidez, vejez y muerte.

b) en caso de accidente o enfermedad, se conservará el derecho al trabajo por el tiempo que determine la ley.

c) las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.

d) los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley.

e) se establecerán centros para vacaciones y para recuperación, así como tiendas económicas para beneficio de los trabajadores y sus familiares.

f) se proporcionarán a los trabajadores habitaciones baratas, en arrendamiento o venta, conforme a los programas previamente aprobados. Además, el Estado mediante las aportaciones que haga, establecerá un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos en favor de dichos trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a estos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas, o bien para construirlas, repararlas, mejorarlas o pagar pasivos adquiridos por estos conceptos. Las aportaciones que se hagan a dicho fondo serán enteradas al organismo encargado de la seguridad social, regulándose en su ley en las que corresponda, la forma y el procedimiento conforme a los cuales se administrará el citado fondo y se otorgarán y adjudicarán los créditos respectivos;

CHILE

Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

10. El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

La educación básica es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación;

19°. El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas;

Ejecución

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

Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

COLOMBIA

Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o malos tratos que contra ellas se cometan.

Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Artículo 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetará al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o supresión de la personalidad jurídica sólo procede por vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Artículo 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.

Artículo 51. Todos los colombianos tienen derecho a una vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas.

Artículo 54. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Artículo 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Artículo 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho.

Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.

Artículo 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiamiento y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.

Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Recursos de Protección

Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Artículo 84. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

Artículo 85. Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 26, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afectare grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones populares en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Artículo 89. Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que hayan sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

URUGUAY

Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 44. El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

Artículo 46. El Estado dará asilo a los indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para el trabajo. El Estado combatirá por medio de la Ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales.

Artículo 57. La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica.

Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje.

Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.

Artículo 70. Son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial.

El Estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica.

La ley proveerá lo necesario para la efectividad de estas disposiciones.

Artículo 71. Declárase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física; la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera, y el establecimiento de bibliotecas populares.

En todas las instituciones docentes se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos.

Recursos de Protección

Artículo 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

* * * * *

CAPITULO SEIS

**ALGUNOS ASPECTOS TEMATICOS SOBRE LA PROTECCION
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Página en blanco a propósito

A. LA NO DISCRIMINACION Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LOS DERECHOS DE LA MUJER

1. *La Convención Americana, la Convención de Belém do Pará y la protección de los derechos de la mujer. No discriminación: proporcionalidad y razonabilidad.*

Preguntas

¿Cuáles derechos civiles y políticos consagrados en instrumentos del sistema interamericano pueden ser utilizados para proteger los derechos humanos de las mujeres? ¿Podría aplicarse el Artículo 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana en relación a un derecho no protegido en la Convención misma (por ejemplo, en un caso de discriminación en el otorgamiento de beneficios de seguridad social consagrados en otro tratado o en la constitución del país)?

Normas internacionales sobre discriminación y mujer

DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

. . . .

Artículo II. Derecho de igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

. . . .

Artículo VII. Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

. . . .

* * * * *

....

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

....

Artículo 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.

....

* * * * *

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

....

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 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.

....

[III.] La utilización del sistema interamericano de derechos humanos para la protección de los derechos humanos de la mujer

(Elizabeth A. H. Abi-Mershed, Denise L. Gilman, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Informe Especial en Derechos de la Mujer: Una Nueva Iniciativa para Examinar el Estatus de la Mujer en la Américas, en: IIDH-CLADEM, Protección Internacional de los Derechos de las Mujeres (1997))

El mandato de la Comisión es proteger y promover los derechos humanos. El nombramiento del Relator Especial sobre derechos de la mujer elevó la pregunta acerca de cómo el sistema, como un todo, podía ser utilizado y ser más receptivo a violaciones a los derechos humanos propias del género. Es importante que los temas concernientes a los derechos de las mujeres no sean tratados de manera aislada sino por el contrario, que sean incorporados al trabajo cotidiano de la Comisión.

Con respecto al tema de la igualdad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se basa sobre el principio de no discriminación e igual protección de y ante la ley. Cada estado parte se compromete 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 (...) SEXO”. Donde un derecho reconocido no se encuentra protegido, el estado parte está obligado a adoptar medidas legislativas o de cualquier otra índole, necesarias para darle efecto legal interno a dicho derecho. La Declaración Americana prescribe que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de (...) sexo (...) ni otra alguna”.

A mayor abundamiento, la Convención Americana protege un conjunto de derechos civiles y políticos, entre los cuales están: el derecho a ser reconocido como persona ante la ley, a la vida, a ser tratado con dignidad, a estar libre de la esclavitud, a la libertad personal, a un juicio justo, a estar libres de leyes con efecto retroactivo, a la privacidad, a la libertad de conciencia y religión, pensamiento y expresión, reunión y asociación, a la vida familiar, al nombre, especial protección de los menores, a la nacionalidad, a la propiedad privada, al derecho de circulación y residencia, a participar en el gobierno, a la igualdad ante la ley y la protección judicial.

Mientras que sólo algunos de estos derechos han sido interpretados y aplicados por los órganos del Sistema Interamericano con un enfoque de género, cada uno de ellos tiene la potencialidad, ya sea por sí mismo o en combinación con otros derechos, para proporcionar protección específica a los derechos de la mujer. Por ejemplo, como será analizado más adelante, el derecho a un trato digno y la prohibición de la tortura han sido aplicados en casos que se refieren al uso sistemático de violaciones sexuales como forma de tortura. El derecho a participar en la conducción de los asuntos públicos, ya sea directamente o a través de representantes elegidos, en conjunto con la obligación del Estado de proteger todos los derechos de forma no discriminatoria, puede ser interpretado en el sentido que exija al Estado adoptar medidas que faciliten las candidaturas de mujeres en puestos de elección popular.

De alguna manera y en virtud del carácter fundamental que tienen las provisiones sobre igual protección y no discriminación en la Convención Americana, es sorprendente el hecho de que existan pocos casos individuales que versen directamente sobre estos hechos. Existe alguna

jurisprudencia en los informes sobre países y en otro tipo de informes especiales, sin embargo, hay pocos casos que traten el tema de manera general y aún menos sobre la situación de la discriminación en contra de la mujer. Sin perjuicio de lo anterior, recientemente la Comisión ha comenzado a desarrollar alguna jurisprudencia importante con respecto a la situación de la violencia en contra de la mujer involucrando trato inhumano o tortura con causas y/o consecuencias propias del género. Este desarrollo se discute aquí para mostrar la forma en que se ha involucrado al sistema en la protección de los derechos de la mujer. Al mismo tiempo, se busca provocar una reflexión acerca de cómo el sistema puede abarcar otras áreas en las cuales la mujer no goza de manera plena e igualitaria los derechos garantizados.

EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA VIOLENCIA EN CONTRA DE LA MUJER

Un Área prioritaria en los derechos humanos es asegurar el derecho que la mujer tiene a estar libre de todo tipo de violencia. Sin embargo, sólo recientemente ha sido explorada la extensión en que la violencia propia del género, especialmente cuando ha sido perpetrada por actores privados, cae dentro de la competencia del derecho internacional de los derechos humanos. La propia Comisión está comenzando apenas a tratar el uso de la violencia perpetrada y sufrida en formas propias del género. Hasta la fecha, los resultados han sido, a veces, muy efectivos; mientras que en otras oportunidades, lo han sido menos.

El trabajo de la Comisión al informar sobre el uso sistemático de la violencia en contra de la mujer durante el gobierno *de facto* en Haití, sirve como ejemplo de una aproximación firme dentro del contexto de las funciones de monitoreo de la Comisión. Es importante destacar que esta situación específica fue dada a conocer a la Comisión por ONGs e individuos que aportaron gran cantidad de información y testimonios como argumentos legales, proporcionando de este modo una visión crítica de dicha situación.

Durante su visita *in loco* a Haití, en mayo de 1994, la Comisión entrevistó a mujeres que habían sido violadas y abusadas sexualmente por miembros del ejército, policías y grupos paramilitares. ONGs que trabajaban en Haití proporcionaron en esta oportunidad mayor información, al igual que la Misión Civil de la OEA y ONU.

La Comisión informó que entre las víctimas había desde mujeres embarazadas hasta niñas de 5 años. Asimismo indicó que las violaciones y abusos fueron dirigidos en su contra porque apoyaban la formación de instituciones democráticas en Haití, o porque sus esposos, padres, hijos u otros miembros masculinos de la familia propagaban ideas políticas contrarias al gobierno *de facto*. Algunas mujeres fueron repetidamente violadas y otras lo fueron en presencia de sus familias con el objeto de aterrorizarlos. La Comisión informó que algunas mujeres de Cité Soleil fueron violentadas por el solo hecho de que dicha área era conocida como partidaria del Presidente Aristide. Las mujeres raramente denuncian estos crímenes ya sea por temor a represalias, o porque efectivamente, aquellas que denunciaron, fueron objeto de represalias. La Comisión destacó que el uso de la violencia sexual, junto con la vergüenza que la sociedad puede imponer a la víctima, subrayan “la importancia de reconocer claramente la violencia sexual como una seria violación a los derechos humanos”.

La Comisión concluyó que esta violencia dirigida en contra de la mujer tenía “un solo propósito: crear un clima de terror entre la gente que apoya a Aristide.” La Comisión consideró las definiciones interamericanas y de Naciones Unidas de tortura al determinar que esta violencia sexual no sólo era una violación al derecho de la integridad física, sino también una forma de tortura. Se infligía sufrimientos físicos y mentales con el objeto de castigar a las mujeres por su militancia o asociación con gente considerada militante o con el objeto de disuadirlos de cualquier esfuerzo para resistir al régimen. El informe de la Comisión señala que esta forma de violencia sexual es una expresión brutal de la discriminación en contra de la mujer. Más aún, habiendo destacado que durante el régimen de facto esta práctica no era azarosa o aislada sino “extendida, abierta y común”, la Comisión determinó que representaba “un arma de terror” que era “un crimen en contra de la humanidad bajo el derecho internacional consuetudinario”.

El ejemplo más importante de los casos individuales de la Comisión respecto de la violencia en contra de la mujer es el de Raquel Mejía en contra del Perú. El caso se refiere a la intimidación, abuso y violación de la víctima por un soldado en conjunto con el secuestro de su marido por personal militar; a ambos se les acusó de “ser subversivos”. Luego que su marido fue llevado por los militares (y posteriormente asesinado), el soldado volvió para violarla nuevamente. Ante la reticencia del Gobierno de proporcionar información sobre los hechos, la Comisión tomó en consideración la posición de los peticionarios, sustentada por informes de cuerpos no gubernamentales e intergubernamentales, acerca del uso de las violaciones en contra de mujeres por miembros de las fuerzas de seguridad en áreas bajo la ley de emergencia. La Comisión encontró que la víctima no contaba con un recurso efectivo para obtener una investigación imparcial y la sanción de los responsables. La Comisión analizó las causas y consecuencias propias del género de las violaciones cometidas en contra de Raquel Mejía y concluyó que su derecho a un trato digno y a no ser sometida a torturas había sido violado. A igual conclusión llegó respecto a su derecho a la privacidad y a su derecho a la protección judicial. En el contexto del derecho humanitario la Comisión reiteró que, bajo la Convención de Ginebra y sus Protocolos, una violación cometida individualmente constituye un crimen de guerra, y que una violación practicada a gran escala y de manera sistemática, constituye un crimen en contra de la humanidad.

Mientras que la Comisión en otros casos ha sido ambigua y ambivalente al tratar con violaciones a los derechos humanos propios del género, sus informes durante el gobierno *de facto* de Haití, y sus análisis y conclusiones en el caso de Raquel Mejía en contra de Perú, son ejemplos significativos de su aproximación al tema de la violencia en contra de la mujer como una violación propia del género en la forma en que ella es consumada, sufrida y de sus consecuencias. Estos ejemplos demuestran el potencial que existe para el trabajo futuro en esta esfera. [notas de pie de página han sido omitidas]

Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización

(Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No.4)

....

52. Tanto las disposiciones del proyecto sometido a la interpretación de la Corte, como el propio texto constitucional vigente, contienen diferencias de tratamiento respecto a las condiciones de adquisición de la nacionalidad costarricense por naturalización. En efecto, los párrafos 2 y 3 del artículo 14 del proyecto establecen plazos distintos de residencia oficial como requisito para la adquisición de la nacionalidad, según el aspirante tenga o no la nacionalidad por nacimiento de otros países de Centroamérica, España e Iberoamérica. Por su lado, el párrafo 4 del mismo artículo dispone ciertas condiciones especiales de naturalización para “la mujer extranjera” que case con costarricense. Aun cuando, si bien con diferente entidad y sentido, esas distinciones están también presentes en el vigente artículo 14 de la Constitución, es necesario preguntarse si las mismas no constituyen hipótesis de discriminación, incompatibles con los textos pertinentes de la Convención.

53. El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

54. Por su lado el artículo 24 de la Convención establece

“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.”

Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección la ley.

55. 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 se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable” [Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. 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. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.

59. En esa perspectiva, la Corte reitera el ya expresado señalamiento según el cual, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. En tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en

circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense.

60. A la luz de los criterios expresados, un caso de distinción no discriminatoria sería la fijación de requisitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquéllos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar.

61. Menos evidente es la procedencia de la distinción que se hace en los párrafos 2 y 3 del artículo 14 del proyecto de reforma, entre los centroamericanos, iberoamericanos y españoles según lo sean por nacimiento o naturalización. En efecto, siendo la nacionalidad un vínculo que existe por igual en unos y otros, la diferenciación propuesta parece basarse en el lugar de nacimiento y no en la cultura del aspirante a obtener la nacionalidad. Sin embargo, las normas mencionadas podrían expresar bien un grado de prevención respecto del rigor con el cual los otros Estados hubieran podido conceder su nacionalidad a quienes ahora aspiran a cambiarla por la costarricense y que en consecuencia no constituiría suficiente garantía de aproximación a los valores e intereses de la comunidad costarricense, el hecho de haber obtenido previamente la naturalización española o de otros países de Centroamérica o Iberoamérica. Ese criterio podría quizás ser discutido desde puntos de vista que la Corte no entrará a considerar, aunque resulta más difícil de comprender si se tienen en cuenta los otros requisitos que tendría que cumplir el aspirante según el artículo 15 del proyecto. Pero no puede concluirse que el proyecto contenga una orientación inequívocamente discriminatoria.

62. Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país.

63. El proyecto de reforma, dentro de su marcada tendencia restrictiva, introduce también nuevos requisitos que han de cumplir quienes soliciten naturalizarse. El artículo 15 propuesto exige entre otras cosas que se demuestre saber “hablar, escribir y leer” el idioma español y que se rinda “un examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores”. Estas se sitúan, prima facie, dentro de la capacidad de apreciación reservada al Estado otorgante de la nacionalidad, de cuáles han de ser y cómo deben valorarse las condiciones que garanticen la existencia de vínculos efectivos y reales que fundamenten la adquisición de la nueva nacionalidad. Desde esa perspectiva, no puede considerarse irrazonable e injustificado que se exija demostrar aptitud para la comunicación en la lengua del país, ni tan siquiera, aunque con menor claridad, que se llegue a exigir “hablar, escribir y leer” la misma. Lo mismo puede decirse del “examen comprensivo acerca de la historia del país

y sus valores”. No obstante, la Corte no puede menos que advertir que, en la práctica, y dado el amplio margen para la evaluación que inevitablemente rodea a pruebas o exámenes como los requeridos por la reforma, tales procedimientos pueden llegar a ser vehículo para juicios subjetivos y arbitrarios, y a constituir instrumentos de políticas que, aunque no se desprendan directamente de la ley, podrían producirse como consecuencia de su aplicación.

....

Observación general 18 - No discriminación (37º período de sesiones, 1989), Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

1. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos establece la obligación de esos Estados Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el 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.
2. En efecto, la no discriminación constituye un principio tan básico que en el artículo 3 se establece la obligación de cada Estado Parte de garantizar a hombres y mujeres la igualdad de los derechos enunciados en el Pacto. Si bien el párrafo 1 del artículo 4 faculta a los Estados Partes para que en situaciones excepcionales adopten disposiciones que suspendan determinadas obligaciones contraídas en virtud del Pacto, ese mismo artículo exige, entre otras cosas, que dichas disposiciones no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, u origen social. Además, el párrafo 2 del artículo 20 impone a los Estados Partes la obligación de prohibir por ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación.
3. Debido a su carácter básico y general, el principio de no discriminación así como el de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley a veces se establecen expresamente en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos. El párrafo 1 del artículo 14 establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y el párrafo 3 del mismo artículo dispone que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas enunciadas en los incisos a) y g) de este último párrafo. Análogamente, el artículo 25 prevé la igualdad de participación de todos los ciudadanos en la vida pública, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2.
4. Corresponde a los Estados Partes decidir cuales son las medidas apropiadas para la aplicación de las disposiciones pertinentes. Sin embargo, el Comité desea ser informado acerca de la naturaleza de tales medidas y de su conformidad con los principios de no discriminación y de igualdad ante la ley o igual protección de la ley

5. El Comité desea señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que en ciertos casos el Pacto les exige expresamente que tomen medidas que garanticen la igualdad de derechos de las personas de que se trate. Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 23 estipula que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidad de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. Las medidas que se adopten podrán ser de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo, pero los Estados Partes tienen la obligación positiva de asegurarse de que los esposos tengan igualdad de derechos, como lo exige el Pacto. En lo que respecta a los niños, el artículo 24 dispone que todo niño, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

6. El Comité toma nota de que en el Pacto no se define el término “discriminación” ni se indica que es lo que constituye discriminación. Sin embargo, en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se establece que la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. De igual manera, en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se establece que la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de 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.

7. Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

8. Sin embargo, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia. A este respecto, las disposiciones del Pacto son explícitas. Por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 6 prohíbe que se imponga la pena de muerte a personas de menos de 18 años de edad. El mismo párrafo prohíbe que se aplique dicha pena a las mujeres en estado de gravidez. De la misma manera, en el párrafo 3 del artículo 10 se requiere que los delincuentes menores estén separados de los adultos. Además, el artículo 25 garantiza determinados derechos políticos, estableciendo diferencias por motivos de ciudadanía y de edad.

9. Los informes de muchos Estados Partes contienen información tanto sobre medidas legislativas como administrativas y decisiones de los tribunales relacionadas con la protección contra la discriminación jurídica, pero suelen no incluir información que ponga de manifiesto una discriminación de hecho. Al informar sobre el párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 3 y 26 del Pacto, los Estados Partes por lo general, citan disposiciones de su constitución o de sus leyes sobre igualdad de oportunidades en lo que respecta a la igualdad de las personas. Si bien esta información es sin duda alguna útil, el Comité quisiera saber si sigue existiendo algún problema de discriminación de hecho, practicada ya sea por las autoridades públicas, la comunidad o por personas u órganos privados. El Comité desea ser informado acerca de las disposiciones legales y medidas administrativas encaminadas a reducir o eliminar tal discriminación.

10. El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.

11. Tanto en el párrafo 1 del artículo 2 como en el artículo 26 se enumeran motivos de discriminación tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social. El Comité ha observado que en algunas constituciones y leyes no se señalan todos los motivos por los que se prohíbe la discriminación, en la forma en que se enumeran en el párrafo 1 del artículo 2. Por lo tanto, el Comité desearía recibir información de los Estados Partes en cuanto al significado que revisten esas omisiones.

12. Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.

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

Observación general 4 - Artículo 3 (13º período de sesiones), Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

1. El artículo 3 del Pacto establece que los Estados Partes garantizarán a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en él; con todo, esta disposición no se ha examinado en grado suficiente en un número considerable de los informes de los Estados, y ello ha originado varios motivos de preocupación, de los cuales cabe poner dos de relieve.

2. En primer lugar, el artículo 3 -así como el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 en la medida en que estos tratan principalmente de la prevención de la discriminación por varios motivos, uno de los cuales es el sexo- requiere, no solamente medidas de protección, sino también una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos. Eso no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes. Por eso, en general, se ha solicitado más información sobre el papel que desempeña la mujer en la práctica, a fin de determinar que medidas, además de las puramente legislativas de protección, se han adoptado o se están adoptando para cumplir las obligaciones precisas y positivas que establece el artículo 3 y qué progresos se han logrado o con que factores o dificultades se ha tropezado al respecto.

3. En segundo lugar, la obligación positiva asumida por los Estados Partes en virtud de ese artículo puede producir efectos inevitables sobre la legislación o las medidas administrativas destinadas concretamente a regular materias distintas de las que abarca el Pacto, pero que pueden afectar desfavorablemente a los derechos reconocidos en este. Ejemplo de ello es, entre otros, el grado en que las leyes sobre inmigración que hacen una distinción entre un ciudadano y una ciudadana pueden afectar adversamente al derecho de la mujer a contraer matrimonio con no ciudadanos o a desempeñar cargos públicos.

4. Por consiguiente, el Comité considera que podría ser útil que los Estados Partes prestaran especial atención a la realización de un examen, por órganos o instituciones especialmente nombrados, de las leyes o medidas que hacen intrínsecamente una distinción entre el hombre y la mujer, en cuanto afecten adversamente a los derechos reconocidos en el Pacto, y estima que los Estados Partes deberían facilitar información concreta en sus informes acerca de todas las medidas, legislativas o de otra índole, cuya finalidad sea cumplir el compromiso asumido por ellos en virtud de dicho artículo.

5. El Comité considera que se ayudaría a los Estados Partes a cumplir esa obligación si se pudiera recurrir en mayor medida a los actuales medios de cooperación internacional para intercambiar experiencia y organizar la asistencia a fin de resolver los problemas prácticos relacionados con la garantía de la igualdad de derechos para el hombre y la mujer.

2. ***Ciertas prácticas violatorias de los derechos humanos de la mujer sobre las cuales se ha pronunciado la Comisión Interamericana.***

a. **La violación como tortura**

Preguntas

¿Cuáles son las condiciones necesarias para que una violación a una mujer sea considerada como tortura? Tomando en cuenta la dificultad probatoria inherente a la violación ¿qué presunciones pueden desarrollarse cuando el hecho se presenta bajo la custodia del Estado? ¿Pueden algunas de estas presunciones ser aplicadas por tribunales nacionales, especialmente en casos de demandas civiles contra individuos o contra el Estado?

Caso 10.970 (Perú)

(CIDH, Informe No. 5/96, Caso 10.970, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7, 3 de abril de 1996)

....

3. ANALISIS

a. Los abusos sexuales reiterados de los que fue objeto Raquel Mejía configuran una violación del artículo 5 y del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El derecho internacional vigente establece que los abusos sexuales cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, sea como resultado de una práctica concebida desde el Estado o como resultado de la omisión de éste de prevenir la consumación de este crimen, constituyen una violación a los derechos humanos de las víctimas, particularmente su derecho a la integridad física y mental.

En el ámbito del derecho internacional humanitario, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra explícitamente prohíbe el abuso sexual. El artículo 1472 del mencionado Convenio que contiene aquellos actos considerados como “infracciones graves” o “crímenes de guerra” incluye a la violación en tanto constituye “tortura o trato inhumano”. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha declarado que la “infracción grave” de “causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud” incluye a los abusos sexuales.

Por otro lado, el artículo 76 del Protocolo I, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, prevé una prohibición expresa de la violación u otro tipo de abusos sexuales. El artículo 85.4, por su parte, señala que dichas prácticas cuando están basadas en discriminación racial constituyen “infracciones graves”. De acuerdo a lo establecido en estas normas -Cuarto Convenio y Protocolo 1- cualquier acto de violación cometido individualmente constituye un crimen de guerra.

Para el caso de conflictos no internacionales, tanto el artículo 3, común a las cuatro Convenciones de Ginebra, como el artículo 4.2 del Protocolo II, adicional a dichos instrumentos, incorporan la prohibición contra la violación y otros abusos sexuales en la medida que sean el resultado de la comisión de un daño deliberado contra una persona. El CICR ha manifestado que la norma del Protocolo II reafirma y complementa el artículo 3 común pues era necesario fortalecer la protección de las mujeres, quienes pueden ser víctimas de violación, prostitución forzada u otro tipo de abusos.

El Estatuto del Tribunal Internacional, creado a los efectos de investigar las graves violaciones al derecho internacional humanitario ocurridas en el territorio de la ex-Yugoslavia, en su artículo 5 considera a la violación practicada en forma sistemática y masiva como un crimen de lesa humanidad.

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 5:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...

De la letra de la Convención no surge qué debe entenderse por tortura. Sin embargo, en el ámbito interamericano, la determinación de qué actos configuran tortura se encuentra establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la que expresa:

. . . [S]e entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos y mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también 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.

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 1. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

De este modo, para que exista tortura deben conjugarse tres elementos:

1. que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales;
2. cometido con un fin;
3. por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero.

En relación al primer elemento, la Comisión considera que la violación es un abuso físico y mental que se perpetra como resultado de un acto de violencia. El tipo penal de violación contenido en el artículo 170 del Código Penal peruano confirma esta afirmación al establecer que “[e]l que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual...”.

El Relator Especial contra la Tortura ha señalado que la violación es uno de varios métodos de tortura física. Asimismo, se considera que la violación es un método de tortura psicológica pues tiene por objeto, en muchos casos, no sólo humillar a la víctima sino también a su familia o comunidad. En este sentido, el mencionado Relator Especial ha manifestado que -particularmente en Perú- “[l]a violación parecería ... ser un arma utilizada para castigar, intimidar y humillar”.

La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aún quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de las que fueron objeto.

Raquel Mejía fue víctima de violación, y en consecuencia de un acto de violencia contra su integridad que le causó “penas y sufrimientos físicos y mentales”. Como surge de su testimonio, luego de ser violada “estaba en un estado de shock, sentada sola en [su] habitación”. No se animó a realizar la denuncia pertinente por miedo a sufrir el “ostracismo público”. “Las víctimas de abusos sexuales no denuncian estos hechos porque [se] sienten humilladas. Además nadie quiere reconocer públicamente que ha sido violada. No se sabe cómo puede reaccionar el marido. [Por otro lado] la integridad de la familia está en juego, los hijos pueden sentirse humillados de saber que esto le ha ocurrido a su madre”.

El segundo elemento establece que un acto para ser tortura debe haberse cometido intencionalmente, es decir con el fin de producir en la víctima un determinado resultado. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura incluye, entre otros fines, el castigo personal y la intimidación.

Raquel Mejía fue violada con el objeto de castigarla personalmente y de intimidarla. Según surge de su testimonio, el individuo que abusó sexualmente de su persona le manifestó que ella también había sido requerida como subversiva, al igual que su esposo. Le indicó que su nombre estaba en una lista de personas vinculadas al terrorismo y finalmente, le previno que su amistad con una ex-funcionaria del Gobierno anterior no le serviría de protección. En la segunda oportunidad, antes de marcharse la amenazó con volver y violarla nuevamente. Raquel Mejía se sintió aterrorizada no sólo por su seguridad sino también por la de su hija que dormía en la otra habitación y por la vida de su esposo.

El tercer requisito de la definición de tortura es que el acto debe haber sido perpetrado por un oficial público o por una persona privada a instigación del primero.

Según se ha concluido supra, el responsable de las violaciones de Raquel Mejía es un miembro de las fuerzas de seguridad que se hacía acompañar por un número importante de soldados.

Por lo tanto, la Comisión, habiendo establecido que en el presente caso se conjugan los tres elementos de la definición de tortura, concluye que el Estado peruano es responsable de la violación al artículo 5 de la Convención Americana.

Los peticionarios asimismo han reclamado que los abusos sexuales de los que fue objeto Raquel Mejía transgreden lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención.

El mencionado artículo establece que un Estado debe garantizar a toda persona la protección de su honra y dignidad, en el marco de un derecho más amplio cual es el derecho a la intimidad. En efecto, los incisos 1 y 2, en sus partes pertinentes, prevén:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada...

El Relator Especial contra la Tortura ha manifestado que “[u]n ataque particularmente vil a la dignidad humana es la violación. Las mujeres se ven afectadas en la parte más sensible de su personalidad y los efectos a largo plazo son por fuerza sumamente dañosos, pues en la mayoría de los casos no se dará ni podrá darse el tratamiento psicológico y los cuidados necesarios”.

La Comisión considera que el abuso sexual, además de constituir una violación a la integridad física y mental de la víctima, implica un ultraje deliberado a su dignidad. En este sentido, se transforma en una cuestión que queda incluida en el concepto de “vida privada”. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el concepto de vida privada alcanza a la integridad física y moral de una persona, y en consecuencia incluye su vida sexual.

De este modo, para la Comisión, las violaciones de las que fue objeto Raquel Mejía en tanto afectaron su integridad física y moral, incluida su dignidad personal, configuraron una transgresión de su derecho a la intimidad cuya responsabilidad resulta atribuible al Estado peruano.

El artículo 1. 1 de la Convención establece:

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.

La Corte Interamericana ha interpretado este artículo en el sentido de establecer dos obligaciones para los Estados parte de la Convención: la de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y la de garantizar su libre y pleno ejercicio a los individuos bajo su jurisdicción. Según la Corte, es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos protegidos por la Convención. Así, cuando un órgano o agente del poder público transgrede alguno de estos derechos, se está ante una violación de la obligación de “respetar”, y en consecuencia de una violación del artículo 1.1.

Fundada en estas consideraciones, la Comisión concluye que en tanto el Estado peruano ha omitido respetar los derechos a la integridad personal y a la protección de la honra y la dignidad de Raquel Mejía, éste ha incurrido en una violación de la obligación consagrada en el artículo 1.1.

b. La imposibilidad que Raquel Mejía tuvo de acceder a los recursos internos para remediar las violaciones a los derechos humanos de su esposo y las suyas propias configuran una transgresión del artículo 25 y 8.1., en relación al artículo 1.1 de la Convención. [notas de pie de página han sido omitidas]

Caso Aydin c. Turquía

(Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997)
[traducción no oficial]

....

80. La Corte recuerda haber aceptado los hechos como la Comisión los estableció, esto es, que la peticionaria fue detenida por las fuerzas de seguridad y mientras estaba en custodia fue violada y sometida a varias formas de maltrato (ver párrafo 73 arriba).
81. Como se ha observado en muchas ocasiones, el artículo 3 de la convención consagra uno de los valores fundamentales de la sociedad democrática, y como tal prohíbe en términos absolutos la tortura o el tratamiento o castigos inhumanos o degradantes. El artículo 3 no admite excepciones a este valor fundamental y no permite la derogación bajo el artículo 15 incluso en caso de emergencia pública que amenace la vida de la nación o cualquier sospecha, por bien fundada que esté, de que una persona esté involucrada en terrorismo u otras actividades criminales (ver por ejemplo, la sentencia de Aksoy arriba citada , pág. Secc. 62).

82. Para determinar si una forma particular de maltrato debe ser calificada de tortura, se debe atender a la distinción prevista en el artículo 3 entre esta noción y la de tratamiento inhumano o degradante. Esta distinción aparentemente está recogida en la Convención para permitir que la especial marca de la “tortura” se relacione sólo con una causa deliberada de tratamiento inhumano que provoque un muy serio sufrimiento (ver Sentencia de Irlanda v. Reino Unido arriba citada, pág. 66, Secc 167).
83. Mientras que se encontraba detenida la peticionaria fue violada por una persona cuya identidad no se ha determinado todavía. La violación de un detenido por un oficial del Estado debe considerarse como una forma de maltrato especialmente grave y aberrante, debido a la facilidad con que el perpetrador puede explotar la vulnerabilidad y debilitar la resistencia de su víctima. Más aún, la violación deja profundas cicatrices psicológicas en la víctima, que no responden al paso del tiempo tan rápidamente como otras formas de violencia física y mental. La peticionaria también experimentó el agudo dolor físico de la penetración forzosa, que la dejó sintiéndose minimizada y violada física y moralmente.
84. Mientras se encontraba en custodia en las manos de las fuerzas de seguridad en el cuartel general de la gendarmería de Derik, la peticionaria fue también sometida a una serie de experiencias particularmente aterradoras y humillantes en relación con su sexo y juventud y en las circunstancias en las que se encontraba retenida. Estuvo detenida durante un período de tres días durante los cuales estuvo confundida y desorientada, puesto que le cubrieron los ojos para que no pudiera ver, y estuvo en un estado constante de dolor físico y angustia mental provocada por los golpes que le administraron durante los interrogatorios y por la preocupación de no saber lo siguiente que le iría a ocurrir. También fue exhibida desnuda en circunstancias humillantes, añadiéndose esto a su sentido de la vulnerabilidad, y en una ocasión fue disparada con agua a alta presión mientras se le daba vueltas en una rueda.
85. La peticionaria y su familia debieron ser sacados de su pueblo y llevados al cuartel general de la gendarmería de Derik con algún propósito, que sólo puede explicarse en base a la situación de seguridad en la región (ver párrafo 14 arriba) y la necesidad de que las fuerzas de seguridad den información. El sufrimiento infligido a la peticionaria durante el período de su detención debe también verse como algo calculado para servir los mismos propósitos o algunos relacionados.
86. Frente este contexto la Corte considera que la acumulación de actos de violencia física y mental infligidos en la peticionaria y el especialmente cruel acto de violación al que fue sometida constituyen tortura y violan el artículo 3 de la convención. Por supuesto que la Corte ha llegado a esta conclusión para cada uno de estos motivos tomándolos por separado.
87. En conclusión, ha habido una violación del artículo 3 de la Convención.

....

[énfasis agregado]

- b. **Derecho a la integridad personal, a la protección de la honra y de la dignidad y la privacidad de la mujer**

Pregunta

¿Cuáles son los criterios de la CIDH para determinar si una práctica que parece limitar algunos derechos fundamentales de la mujer es permisible a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Caso 10.506 (Argentina)

(CIDH, Informe No. 38/96, Caso 10.506, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, OEA/Ser.L/VIII.95, Doc. 7 rev., 14 de marzo 1997.)

1. Con fecha 29 de diciembre de 1989, la Comisión recibió una denuncia en contra del Gobierno de Argentina, en relación a la situación de la Sra. X y su hija Y, de 13 años. La denuncia alega que el Estado argentino, y especialmente las autoridades penitenciarias del Gobierno Federal, que en forma rutinaria han hecho revisiones vaginales de las mujeres que visitan la Unidad No. 1 del Servicio Penitenciario Federal, han violado los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En todas las ocasiones que la Sra. X visitó a su esposo acompañada por la hija de ambos de trece años, quien se encontraba preso en la Cárcel de Encausados de la Capital Federal, fueron sometidas a revisiones vaginales. En abril de 1989 la Sra. X presentó un recurso de amparo solicitando que se pusiera fin a las revisiones. La petición alega que esta práctica del Servicio Penitenciario Federal ("SPF") comporta violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por cuanto lesiona la dignidad de las personas sometidas a tal procedimiento (artículo 11), constituyendo una medida de carácter penal degradante que transciende la persona del penado o procesado (artículo 5.3); y es, además, discriminatoria en perjuicio de las mujeres (artículo 24) en relación al artículo 1.1.

....

VI. ANALISIS

A. Consideraciones generales

45. Se alega que la inspección vaginal constituye un tratamiento degradante que en este caso equivalió a una invasión de la intimidad y la integridad física de la Sra. X y una restricción ilegítima del derecho de protección a la familia. Por su parte, el Gobierno argumenta que la inspección vaginal es una medida preventiva que se compadece razonablemente con el propósito de mantener la seguridad de los reclusos y del personal del SPF y que, por otra parte, la inspección no se realizó porque la presunta víctima se negó a ella.

46. Con respecto a la afirmación del Gobierno de que nunca tuvieron lugar las inspecciones, lo documentado en archivos por las declaraciones del Jefe de la Dirección de la Seguridad Interna y del Procurador General, y el texto de los fallos del Juzgado Nacional de Primera Instancia, la Cámara Nacional de Apelaciones y la Suprema Corte de Justicia, demuestran que, si bien bajo protesta, la Sra. X se sometió al procedimiento varias veces antes de presentar el recurso de amparo para que cesaran las inspecciones vaginales de ella y de su hija.

47. Por lo tanto, al estudiar el caso, la Comisión debe encarar dos aspectos separados:

1) si el requisito de someterse a una inspección vaginal, previa a una visita de contacto personal con el marido de la Sra. X, es congruente con los derechos y garantías que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y

2) si el requisito y la revisión realizada privó a las dos mujeres del pleno goce de sus derechos protegidos en la Convención Americana, en particular aquellos consagrados en los artículos 5 (derecho a tratamiento humanitario), 11 (protección de la honra y de la dignidad), 17 (protección a la familia), y 19 (derecho del niño), junto con el artículo 1.1 que dispone la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de todas las disposiciones reconocidas en la Convención sin discriminación alguna.

B. Requisito de que las visitantes se sometan a una revisión vaginal para que se les autorice una visita “cuerpo a cuerpo”

48. Los peticionarios alegan que el requisito de que las visitantes de la Unidad 1 se sometan a revisiones o inspecciones vaginales para poder tener contacto personal con un interno constituyó una interferencia ilegítima al ejercicio del derecho a la familia. Por otra parte, se alega que la medida, al no cumplir con lo dispuesto en la Convención, constituyó en sí una violación de los derechos protegidos por ese documento y que la existencia de ese requisito y su aplicación contravino no sólo el derecho a la familia, consagrado en el artículo 17, sino también el derecho a la intimidad, la honra y la dignidad, protegido por el artículo 11, y el derecho a la integridad física, según lo dispuesto en el artículo 5.

49. Aunque los peticionarios no invocaron el artículo 19, que protege el derecho del niño, la Comisión opina que se debería examinar también esta disposición en vista de que una de las presuntas víctimas tenía 13 años de edad cuando ocurrieron los hechos. De conformidad con el principio general de la legislación internacional *iura novit curia*, los organismos internacionales tienen el poder, e incluso el deber, de aplicar todas las disposiciones jurídicas pertinentes, incluso aunque no hayan sido invocadas por las partes.

50. El Gobierno de la Argentina arguyó que todas las medidas que adoptó constituyen restricciones aceptables a las disposiciones de la Convención y que eran razonables dadas las circunstancias del caso. Por lo tanto, la Comisión debe reflexionar sobre cuáles son las obligaciones del Estado en lo que se refiere a las disposiciones de la Convención y cuáles son las limitaciones a los derechos que se pueden considerar permisibles.

1. Obligación del Estado de “respetar y garantizar” y la imposición de condiciones a los derechos protegidos por la Convención

a. Artículo 1.1, las obligaciones de respetar y garantizar

51. El artículo 1.1. de la Convención requiere que los Estados partes respeten y garanticen el pleno y libre ejercicio de todos los derechos reconocidos por la Convención. Esas obligaciones limitan la autoridad del Estado para imponer restricciones sobre los derechos protegidos por la Convención. La Corte Interamericana ha manifestado que:

El ejercicio de la autoridad 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.

52. Además, la Corte ha declarado que la obligación de garantizar “implica el deber de los Estados partes de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

53. Por lo tanto, la Corte ha determinado que hay ciertos aspectos de la vida de una persona, y especialmente “ciertos atributos inviolables de la persona humana” que están más allá de la esfera de acción del Estado y “que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público”. Además, los Estados partes deben organizar su estructura interna de manera que asegure el pleno goce de los derechos humanos. El Estado que propone medidas cuya ejecución puede conducir, ya sea por sí mismas o por la falta de garantías adecuadas, a la violación de los derechos consagrados en la Convención, transciende el ejercicio del poder público legítimo que reconoce la Convención.

b. La imposición de limitaciones

54. El texto de la Convención no establece restricciones explícitas al goce de los derechos bajo consideración y, de hecho, tres de las disposiciones, el derecho a tratamiento humanitario (artículo 5), los derechos de la familia (artículo 17), y los derechos del niño (artículo 19), figuran en la lista consignada en el artículo 27.2 de los derechos que no pueden ser suspendidos incluso en circunstancias extremas. Por lo tanto, la Comisión no puede examinar la legitimidad de la presunta imposición de restricciones a esos derechos dentro que debe referirse al marco más amplio del artículo 32.2 que reconoce la existencia de limitaciones a todos los derechos.

55. En el artículo 32.2 se reconoce la existencia de ciertas limitaciones inherentes a los derechos de todas las personas que resultan del convivir en una sociedad.

56. El artículo 32.2 indica que:

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.

57. Al examinar el artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la imposición de limitaciones se debe emplear siempre de manera estricta. La Corte ha opinado que:

A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

58. La jurisprudencia de la Corte determina que, para que haya congruencia con la Convención, las restricciones deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno.

59. Un Estado no tiene discreción absoluta para decidir sobre los medios a adoptarse para proteger el “bien común” o “el orden público”. Las medidas que en cierto modo puedan condicionar los derechos protegidos por la Convención deben siempre estar regidos por ciertos requisitos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las restricciones a los derechos consagrados en la Convención “deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse”.

60. La Comisión opina que para establecer si las medidas cumplen con lo dispuesto en la Convención deben cumplir con tres condiciones específicas. Una medida que de alguna manera afecte los derechos protegidos por la Convención debe necesariamente: 1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos.

1) la legalidad de la medida

61. La Corte Interamericana ha manifestado que:

Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.

62. Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo y debe ser congruente con el orden jurídico interno. El Gobierno sostiene que las inspecciones vaginales de las personas que visitan las penitenciarías argentinas están autorizadas por la ley y por los reglamentos internos.

63. Los artículos 91 y 92 del Decreto ley 412/58 (Ley Penitenciaria Nacional) de la Argentina establecen una serie de condiciones a las cuales deben sujetarse las visitas. Asimismo, el artículo 28 del Boletín Público del SPF No.1266 estipula que “Los visitantes deberán someterse al método de requisa que rige en la Unidad, si no prefieren desistir de la entrevista. En todos los casos la requisa será efectuada por personal del mismo sexo que el requisado”. A este respecto, el artículo 325 del Boletín Público No. 1294 reglamenta los equipos de requisa y autoriza un control completo y detallado. El Boletín Público No. 1625 estipula que “...el trato humanitario deberá ser prioritario en las requisas, evitando todo procedimiento que pueda implicar vejación al interno...”, “igual proceder se deberá adoptar en las que se realicen a los visitantes de los internos...”.

64. Estos reglamentos otorgan a las autoridades penitenciarias amplia latitud discrecional al no especificar las condiciones ni los tipos de visita a las que son aplicables. Es dudoso que esa norma posea el grado de precisión necesario que es esencial para determinar si una acción está prescrita por la ley. Es incuestionable que esta deferencia hacia dichas autoridades en materia de seguridad interna está relacionada con su experiencia y conocimiento de las necesidades concretas de cada centro penitenciario y el caso particular de cada preso. Sin embargo, una medida tan extrema como la revisión o inspección vaginal de las visitantes, que representa una amenaza de violación a una serie de derechos garantidos por la Convención, debe ser prescrita por una ley que especifique claramente en qué circunstancias se puede imponer una medida de esa naturaleza y que enumere las condiciones que deben ser observadas por los que realizan el procedimiento, de manera que todas las personas que se vean sujetas a él puedan tener la mayor garantía posible de que no se verán sujetas a arbitrariedad y trato abusivo.

2) necesidad en una sociedad democrática para la seguridad de todos

65. El Gobierno sostiene que las restricciones a los derechos protegidos son necesarias en vista de la naturaleza de los problemas que pueden producirse en la situación compleja de una penitenciaría. Con respecto a este caso en particular, el Gobierno afirma que la medida tomada constituyó una restricción necesaria de los derechos en una sociedad democrática que fue adoptada en el interés de la seguridad pública.

66. La Comisión es consciente de que en todos los países existen reglamentos sobre el tratamiento de prisioneros y detenidos, así como normas que rigen sus derechos a visitas en cuanto a horario, lugar, forma, tipo de contacto, etc. También se reconoce que las requisas del cuerpo, y algunas veces el examen físico intrusivo de los detenidos y prisioneros, podrían ser necesarios en ciertos casos.

67. Sin embargo, este caso implica los derechos de los visitantes, cuyos derechos no se ven limitados automáticamente por razón de su contacto con los internos.

68. La Comisión no cuestiona la necesidad de requisas generales antes de permitir el ingreso a una penitenciaría. Sin embargo, las revisiones o inspecciones vaginales son un tipo de requisa excepcional y muy intrusiva. La Comisión quisiera subrayar que el visitante o miembro de la familia que procure ejercer su derecho a una vida familiar no debe convertirse automáticamente en sospechoso de un acto ilícito y no puede considerarse, en principio, que represente una amenaza grave para la seguridad. Aunque la medida en cuestión puede adoptarse excepcionalmente para garantizar la seguridad en ciertos casos específicos, no puede sostenerse que su aplicación sistemática a todos los visitantes sea una medida necesaria para garantizar la seguridad pública.

3) razonabilidad y proporcionalidad de la medida

69. El Gobierno sostiene que la medida es una restricción razonable de los derechos de los visitantes dirigida a proteger la seguridad. Además, el Gobierno afirma que no fue un procedimiento obligatorio y que se aplicaba únicamente a las personas que deseaban tener contacto personal en las visitas, por lo cual tenían la libertad de rechazarlo.

70. La restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. Para justificar las restricciones de los derechos personales de los visitantes no basta invocar razones de seguridad. Después de todo, se trata de buscar un balance entre el interés legítimo de los familiares y de los presos de realizar visitas sin restricciones arbitrarias o abusivas, y el interés público de garantizar la seguridad en las penitenciarías.

71. La razonabilidad y proporcionalidad de una medida se pueden determinar únicamente por la vía del examen de un caso específico. La Comisión opina que una inspección vaginal es mucho más que una medida restrictiva en el sentido de que implica la invasión del cuerpo de la mujer. Por tanto, el equilibrio de intereses que debe hacer al analizar la legitimidad de dicha medida, necesariamente requiere sujetar al Estado a una pauta más alta con respecto al interés de realizar una inspección vaginal o cualquier tipo de requisa invasiva del cuerpo.

72. La Comisión estima que para establecer la legitimidad excepcional de una revisión o inspección vaginal, en un caso en particular, es necesario que se cumplan cuatro condiciones: 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; 2) no debe existir alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud.

a) necesidad absoluta

73. La Comisión opina que ese procedimiento no debe aplicarse a no ser que sea absolutamente necesario para lograr el objetivo de seguridad en un caso en particular. El requisito de necesidad significa que las inspecciones y revisiones de esta naturaleza se deben realizar únicamente en casos específicos cuando existen razones para creer que hay un peligro real para la seguridad o que la persona en cuestión puede estar transportando sustancias ilícitas. El Gobierno arguyó que las circunstancias excepcionales del caso del marido de la Sra. X hacían legítima la aplicación de medidas que limitan fuertemente las libertades individuales, ya que tales medidas fueron tomadas para el bien común, representado en esta circunstancia como la preservación de la seguridad de los prisioneros y del personal de la prisión. Sin embargo, según el Jefe de Seguridad la medida se aplicó uniformemente a todos los visitantes de la Unidad 1. Podría argüirse que la medida era justificable inmediatamente después de que se hallaron explosivos en poder del marido de la Sra. X, pero no en las numerosas ocasiones en que se aplicó antes de ese suceso.

b) no existencia de una opción alternativa

74. La Comisión considera que la práctica de realizar revisiones e inspecciones vaginales y la consecuente interferencia con el derecho de visita no sólo deberá satisfacer un interés público imperativo, sino también deberá tener en cuenta que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”.

75. Los hechos sugieren que la medida no era la única, ni tampoco quizá la más eficiente, para controlar el ingreso de narcóticos y otras sustancias peligrosas a las penitenciarías. Tanto la Sra. X como su hija fueron, como se ha admitido, sometidas al procedimiento todas las veces que visitaron al marido de la Sra. X y, a pesar de ello, durante una investigación rutinaria de su celda, se encontraron en su posesión 400 gramos de explosivos.

76. Hay indicaciones de que otros procedimientos menos restrictivos, como la inspección de los internos y sus celdas, constituyen medios más razonables y eficientes para garantizar la seguridad interna. Además, no debe ignorarse que la situación legal especial de los internos en sí conlleva una serie de limitaciones en el ejercicio de sus derechos. El Estado, que tiene a su cargo la custodia de todas las personas detenidas y es responsable de su bienestar y seguridad, tiene mayor latitud para aplicar las medidas que sean necesarias para asegurar la seguridad de los internos. Por definición, las libertades personales de un detenido son restringidas y, por lo tanto, en ciertos casos puede justificarse la inspección corporal, e incluso la revisión física invasiva, de los detenidos y presos, por métodos que igualmente respeten su dignidad humana. Hubiera sido obviamente más sencillo y más razonable inspeccionar a los internos después de una visita de contacto personal, en lugar de someter

a todas las mujeres que visitan las penitenciarías a un procedimiento tan extremo. Sólo en circunstancias específicas, cuando hay fundamento razonable para creer que representan un peligro concreto para la seguridad, o que están transportando sustancias ilícitas, se deben hacer inspecciones de los visitantes.

77. El Gobierno también sostiene que el procedimiento no era obligatorio y que se realizaba únicamente con el consentimiento de las visitantes. Por lo tanto, se desprende que dado que el Estado había propuesto una alternativa al procedimiento y los peticionarios decidieron no utilizarlo, no pueden reclamar que el Estado interfirió de manera indebida. La Comisión señala que el Estado no puede proponer o solicitar que las personas bajo su jurisdicción se sometan a condiciones o procedimientos que pueden constituir una violación de los derechos protegidos por la Convención. Por ejemplo, las autoridades estatales no pueden proponer a una persona que escoja entre una detención arbitraria y otra más restrictiva, aunque sea lícita, porque las acciones del Estado deben observar los principios básicos de legalidad y proceso debido.

78. La realización de revisiones o inspecciones vaginales en ciertas circunstancias puede ser aceptable, siempre y cuando la aplicación de la medida se rija por los principios de debido proceso y salvaguardia de los derechos protegidos por la Convención. Sin embargo, si no se observan ciertas condiciones tales como legalidad, necesidad y proporcionalidad y el procedimiento no se lleva a cabo sin el debido respeto por ciertos estándares mínimos que protegen la legitimidad de la acción y la integridad física de las personas que se someten a él, no puede considerarse que se respetan los derechos y las garantías consagrados en la Convención.

79. Por otra parte, la Comisión desea hacer notar que en el caso de Y no era posible contar con un consentimiento real dado que, en ese momento, era una niña de 13 años totalmente dependiente de la decisión tomada por su madre, la Sra. X, y de la protección que le ofreciera el Estado. Además, por el evidente motivo de la edad de la niña, el método de revisión vaginal empleado resultaba absolutamente inadecuado e irrazonable.

80. Por lo tanto, en opinión de la Comisión, en el caso bajo examen las autoridades penales disponían de otras opciones razonables para asegurar la seguridad en la penitenciaría.

c) la existencia de una orden judicial

81. Incluso asumiendo que no existiera un medio menos invasivo, la Comisión opina que para realizar una inspección corporal intrusiva, que había sido suspendida debido al peligro de infección del personal de la penitenciaría, es necesario que haya una orden judicial. En principio, un juez debería evaluar la necesidad de llevar a cabo esas inspecciones como requisito ineludible para una visita personal sin infringir la dignidad e integridad personal del individuo. La Comisión considera que las excepciones a esta regla deberían estar expresamente establecidas por ley.

82. En casi todos los sistemas legales internos del continente existe el requisito de que los agentes policiales o el personal de seguridad cuenten con una orden judicial para realizar ciertas acciones que se considera que son especialmente intrusivas o que presentan la posibilidad de abuso. Un ejemplo claro es la práctica que establece que el domicilio de una persona goza de protección especial y no

puede ser requisado sin la debida orden de allanamiento. La inspección vaginal, por su naturaleza, constituye una intrusión tan íntima del cuerpo de una persona que exige protección especial. Cuando no existe control y la decisión de someter a una persona a ese tipo de revisión íntima queda librada a la discreción total de la policía o del personal de seguridad, existe la posibilidad de que la práctica se utilice en circunstancias innecesarias, sirva de intimidación y se constituya en alguna forma de abuso. La determinación de que este tipo de inspección es un requisito necesario para la visita de contacto personal debería ser efectuada en todos los casos por autoridad judicial.

83. Aunque en el presente caso se encontraron materiales explosivos en la celda del marido de la Sra. X y había razones para sospechar de sus visitantes, el Estado tenía la obligación, de conformidad con su deber establecido en la Convención, de organizar su estructura interna para garantizar los derechos humanos y solicitar una orden judicial para ejecutar la revisión.

d) el procedimiento debe ser realizado por profesionales de la salud

84. Además, la Comisión insiste que la realización de este tipo de requisa corporal invasiva, como la aplicada cuando las autoridades todavía realizaban inspecciones de esta naturaleza, sólo puede estar a cargo de profesionales de la salud, con la estricta observancia de seguridad e higiene, dado el posible riesgo de daño físico y moral a una persona.

85. Al condicionar la visita a una medida fuertemente intrusiva, sin proveer garantías apropiadas, las autoridades penitenciarias interfirieron indebidamente con los derechos de la Sra. X y de su hija.

C. Los derechos protegidos por la Convención

1. El derecho a la integridad personal: artículo 5

86. Los peticionarios alegaron una violación del artículo 5 -en particular de sus incisos 2 y 3- que dice:

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....
3. La pena no puede trascender la persona del delincuente.

87. El procedimiento no es per se ilegal. Sin embargo, cuando el Estado realiza cualquier tipo de intervención física en un individuo, debe observar ciertas condiciones para asegurar que no produzca más angustia y humillación que lo inevitable. Para aplicar esa medida se debe disponer siempre de una orden judicial que asegure algún control sobre la decisión referente a la necesidad de su aplicación, y para que la persona que se vea sometida a ella no se sienta indefensa frente a las autoridades. Por otra parte, el procedimiento debe ser realizado siempre por personal idóneo que utilice el cuidado debido para no producir daños físicos y el examen debe realizarse de tal manera que la persona sometida a él no sienta que se está afectando su integridad mental y moral.

88. En lo que concierne al artículo 5.3, la Comisión no cuenta con evidencia que indique que la inspección vaginal se hizo con la intención de extender el castigo del marido de la Sra. X a su familia. Es más, no le compete a la Comisión presumir razones que no han sido objetivamente verificadas.

89. En conclusión, la Comisión opina que cuando las autoridades del Estado argentino realizaron, en forma sistemática, inspecciones vaginales de X y Y, violaron sus derechos a la integridad física y moral, con lo cual incurrieron en una contravención del artículo 5 de la Convención.

2. El derecho a la protección de la honra y de la dignidad: artículo 11

90. El artículo 11 de la Convención dice que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su 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 de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

91. El derecho a la intimidad garantizado por estas disposiciones cubre, 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. Sin embargo, también requiere que el Estado adopte la legislación necesaria para asegurar la eficacia de esta disposición. 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.

92. 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 cuando 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.

93. 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. Además, el aplicar el procedimiento a una niña de 13 años puede resultar en grave daño psicológico difícil de evaluar. La Sra. X y su hija tenían el derecho a que se respetara su intimidad, dignidad y honor cuando procuraron ejercer el derecho a la familia, a pesar de que uno de sus miembros estuviera detenido. Esos derechos deberían haberse limitado únicamente en el caso de una situación muy grave y en circunstancias muy específicas y, en ese caso, cumpliendo estrictamente las autoridades con las pautas definidas anteriormente para garantizar la legalidad de la práctica.

94. La Comisión concluye que cuando las autoridades del Estado argentino realizaron inspecciones vaginales de la Sra. X y de su hija cada vez que deseaban tener un contacto personal con el marido de la Sra. X, violaron su derecho a la protección de la honra y la dignidad, consagrado en el artículo 11 de la Convención.

. . . .

(notas pie de página han sido omitidas)

B. LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y LOS DERECHOS AMBIENTALES

1. *La Convención Americana: los derechos de las comunidades indígenas y los derechos ambientales.*

Preguntas

¿Qué problemas puede presentar el hecho de que los derechos indígenas tiendan a caracterizarse como derechos colectivos para su adecuada protección internacional? ¿Considera usted que los derechos colectivos están protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

a. Derechos relacionados con las comunidades indígenas.

Comentario

En el Sistema Interamericano no existen tratados vigentes sobre la materia. Sin embargo la Comisión Interamericana y en alguna medida la Corte Interamericana han tomado en cuenta normas y prácticas relacionadas con comunidades indígenas del hemisferio como se verá a continuación en fragmentos de los casos decididos por dichos organismos. Sin embargo, actualmente se está considerando la adopción de la Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que si bien no será un tratado en sentido formal, constituirá un importante referente para la interpretación de la Convención Americana.

Situación de Derechos Humanos de un sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito

(CIDH, "Situación de Derechos Humanos de un sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito", OEA/Ser.L/V/II.62, Doc. 10, rev. 3, 29 de noviembre de 1983.)

....

B. PROTECCION ESPECIAL DE LOS MISKITOS COMO GRUPO ETNICO

Existen numerosos instrumentos internacionales que consagran derechos especiales para ciertos grupos étnicos y raciales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin embargo, sólo garantiza derechos individuales "... sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (Artículo I); sin embargo, la misma Convención señala que las disposiciones de dicha Convención no pueden interpretarse en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados" (Artículo 29, letra b).

2. Nicaragua, además de ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo es del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual consagra expresamente ciertos derechos respecto a grupos étnicos. En efecto, en su Artículo 27 prescribe:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas, o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

3. Dicho artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reafirmó la necesidad de amparar a los grupos étnicos, pues era importante establecer en su favor una protección adicional a la reconocida a todos los nacionales de un Estado, con el fin de lograr una efectiva igualdad entre todos los nacionales de ese Estado.

4. Con motivo de un debate en la ONU relativo al Artículo 27 de dicho Pacto se subrayó la diferencia entre los conceptos de "igualdad y no discriminación" y "protección de las minorías", efectuándose la siguiente distinción:

La prevención de la discriminación significa impedir cualquier conducta que niegue o restrinja el derecho de una persona a la igualdad.

La protección de las minorías, por otra parte, aunque se inspira igualmente en los principios de igualdad de tratamiento de todos los pueblos, requiere una acción positiva: un servicio concreto es ofrecido a un grupo minoritario, tal como el establecimiento de escuelas en el cual la enseñanza es impartida en el idioma nativo de los miembros del grupo. Tales medidas, claro está, también se inspiran en el principio de igualdad: por ejemplo, si un niño recibe su educación en un idioma que no es su lengua nativa, esto puede significar que el niño es tratado en pie de igualdad con aquellos niños que sí reciben su educación en su idioma nativo. La protección de las minorías, por lo tanto, requiere acción positiva para salvaguardar los derechos de minorías siempre y cuando el pueblo en cuestión (sus padres en el caso de niños menores de edad) deseen mantener sus diferencias de idioma y cultura.

En la actualidad, el Artículo 27 se interpreta en el sentido de que los Estados están obligados a permitir a las personas que pertenecen a dichos grupos a gozar de su propia vida cultural, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma.

5. Además del referido Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otras resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales también han reconocido protección especial a los grupos étnicos.

6. En lo que se refiere específicamente a las poblaciones indígenas, en cambio, la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional han sido relativamente escasos.

7. Cabe ahora analizar si los grupos étnicos también gozan de otros derechos adicionales, particularmente el referido a su libre determinación o autonomía política.

8. En su presentación a la Comisión, el señor Armstrong Wiggins afirmó que los pueblos indígenas de Nicaragua tenían derecho a su plena libre determinación. Textualmente el señor Wiggins, en una parte de su exposición, afirmó:

El derecho de autodeterminación se aplica a todos los pueblos, tal como es el caso de la población indígena de Nicaragua, que posee un territorio con fronteras definidas, una población permanente, un gobierno y la capacidad de establecer relaciones exteriores.

Este punto de vista del señor Armstrong Wiggins fue también expresado por él en su artículo "Nicaragua: A Perspective" (*Akwesasne Notes*, Spring 1982). Un parecer similar fue expresado por el Coordinador General de Misurasata, señor Brooklyn Rivera, en el documento del 8 de abril de 1982 presentado a la Comisión, aunque el señor Rivera niega expresamente una intención secesionista de los pueblos indígenas de la zona atlántica nicaragüense.

Aducen los señores Wiggins y Rivera que si no se reconociese la autonomía territorial y política a las poblaciones indígenas, se destruiría su estilo tradicional de vida y su identidad cultural, pues el ejercicio y goce del derecho al idioma, a la cultura y a la religión carecen de significado sin el derecho a la libre determinación.

9. Es cierto que el Derecho Internacional moderno reconoce la vigencia del principio de la libre determinación de los pueblos, al cual considera como el derecho de un pueblo a escoger independientemente su forma de organización política y a establecer libremente las modalidades que estime convenientes para alcanzar su desarrollo económico, social y cultural. Pero ello no significa que se reconozca a ningún grupo étnico, por el hecho de ser tal, el derecho a la libre determinación.

10. En los debates celebrados en la Tercera Comisión de la Asamblea General de la ONU sobre el alcance del derecho a la libre determinación, algunos delegados argumentaron que debería adoptarse la interpretación más amplia para impedir que los pueblos débiles fueran dominados por naciones poderosas. Sin embargo, el delegado de Nueva Zelandia reflejó el punto de vista de la mayoría al señalar que el principio de libre determinación era:

Opuesto a la idea del colonialismo y se relacionaba a los deseos de la mayoría que ocupan un área o territorio determinado, y no debería ser confundido con los derechos de las minorías esparcidas por un territorio que podrían estar buscando un tratamiento en pie de igualdad con la mayoría, pero no una separación política. El Pacto de Derechos Humanos estaría, sin duda alguna, interesado en establecer una igualdad de tratamiento para cada persona incluida en tales minorías, pero no debería mezclarse con el problema más amplio de la separación política, que involucra serias consideraciones políticas, constitucionales, económicas, sociales y financieras, en suma, con la capacidad de autogobernarse.

Varios estados fueron de la opinión que reconocer a las minorías el derecho a la libre determinación fomentaría la subversión y conduciría, finalmente, a la separación. En consecuencia, se acordó que la libre determinación debería compatibilizarse con los otros principios de igualdad jurídica, soberanía, integridad territorial e independencia política, proclamados por la Carta de la ONU.

El Delegado de Irán expresó el punto de vista predominante en el sentido de que la soberanía nacional y la integridad territorial no podían ser socavadas bajo el pretexto de que se ejercía el derecho de libre determinación:

Si la libre determinación es abusada y considerada como un derecho absoluto el único resultado es la anarquía. El derecho puede ser reconocido únicamente dentro de los límites de la soberanía nacional. No puede ser utilizado para socavar la soberanía de un estado sobre su territorio o recursos naturales; utilizar el derecho de libre determinación para incitar a minorías disidentes a levantarse en contra del estado o para poner en peligro su estabilidad sería tan contrario al verdadero espíritu del derecho de libre determinación como la agresión o la subversión misma. Sin embargo, como ha demostrado la historia, grupos con objetivos subversivos y agresivos han sido utilizados por potencias extranjeras para derrocar a los gobiernos de países cuyos territorios deseaban ocupar. Muchos países independientes han sido víctimas de grupos irresponsables que habían sido incitados a destruir la unidad nacional de su propio país. Más aún, el derecho de libre determinación nunca puede ser confundido con el derecho de secesión. La secesión no es el resultado del respeto al derecho de libre determinación sino el desprecio de los derechos humanos fundamentales y la ausencia del libre consentimiento de los pueblos al ejercicio del derecho de libre determinación ... /Ningún/ país representado en el Comité existiría si cada grupo nacional, religioso o lingüístico tuviese el derecho absoluto e ilimitado de libre determinación.

Con la adopción en 1960 de la Resolución 1514 (XV) sobre la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, el principio de libre determinación quedó identificado por las Naciones Unidas con las luchas de liberación de los pueblos coloniales en territorios no metropolitanos.

La Resolución 2625 (XXV), intitulada Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, al desarrollar el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos dejó constancia de:

Que el establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo.

A la vez, la mencionada declaración dejó expresa constancia de que el derecho de la libre determinación de los pueblos nunca podría entenderse

...en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color.

Todo estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país.

11. Lo dicho no significa, en este caso, que la carencia de un derecho de autonomía política o la libre determinación por parte de los miskitos, sumos y ramas de la costa atlántica, le conceda al Gobierno de Nicaragua un derecho irrestricto a imponer una asimilación total de dichos indígenas.

12. El propio Gobierno de Nicaragua inicialmente propició como política la preservación de los valores culturales de las poblaciones autóctonas. En efecto, la Declaración de Principios de la Revolución Popular Sandinista sobre las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica del 12 de agosto de 1981 establece en su parte resolutive No. 3:

El Gobierno de Reconstrucción Nacional apoya el rescate de las diferentes expresiones culturales, otorgando a las comunidades miskitas, criollas, sumos y ramas de la Costa Atlántica, los medios necesarios para el fomento de sus propias culturas, incluyendo la conservación de sus lenguas.

Igualmente, en abril de 1980, como se afirmó anteriormente, se asignó un puesto en el Consejo de Estado a la organización indígena Misurasata.

13. Sin embargo, como también ha sido explicado, comenzaron luego a surgir serias dificultades entre la población indígena y el Gobierno, que se manifestaron primero en la detención de dirigentes de Misurasata, luego en la disolución de esa organización y culminó con la desintegración de aquellas comunidades miskitas que habitaban en las cercanías del Río Coco.

14. En concepto de la Comisión, para que un grupo étnico pueda subsistir preservando sus valores culturales, es fundamental que sus componentes puedan gozar de todos los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues de esta forma se garantiza su efectivo funcionamiento como grupo, lo cual incluye la preservación de una identidad cultural

propia. De manera particular se vinculan a esta situación los derechos a la protección de la honra y la dignidad; a la libertad de pensamiento y de expresión; el derecho de reunión y de asociación; el derecho de circulación y residencia y el derecho a elegir sus autoridades.

15. Si bien el estado actual del Derecho Internacional no permite considerar que los grupos étnicos de la zona atlántica de Nicaragua posean un derecho a su autonomía política y libre determinación, sí está reconocida, en cambio, una protección legal especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de aquellos aspectos vinculados a la preservación de su identidad cultural. A ello deben agregarse los aspectos vinculados con la organización productiva, lo cual incluye, entre otros, el problema de las tierras ancestrales y comunales. No respetar esos derechos y valores culturales conduce a una asimilación forzosa con resultados que pueden ser desastrosos. Por ello, la Comisión considera que es fundamental lograr nuevas condiciones de coexistencia entre las minorías étnicas y el Gobierno de Nicaragua, a fin de superar los antagonismos históricos que han existido y las graves dificultades hoy presentes. A juicio de la CIDH, la necesidad de preservar y garantizar la vigencia de estos principios en la práctica impone la necesidad de establecer un adecuado ordenamiento institucional como parte de la estructura del Estado nicaragüense. Dicho ordenamiento institucional sólo podrá cumplir eficientemente los fines asignados, en la medida en que el mismo sea diseñado por medio de una amplia consulta y ejecutado con la directa participación de las minorías étnicas de Nicaragua, a través de sus representantes libremente designados.

[notas de pie de página han sido omitidas]

....

**La costumbre de la tribu Saramaca ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Aloeboetoe y otros (Suriname)**

(Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C No.15)

....

55. En el caso presente, en cuanto a la determinación de los sucesores de las víctimas, existe disparidad de criterios entre las partes: la Comisión reclama la aplicación de las costumbres de la tribu Saramaca, en tanto que Suriname solicita la aplicación de su derecho civil.

La Corte manifestó que la obligación de reparar prevista en el artículo 63.1 de la Convención Americana es una obligación de derecho internacional, el cual rige también sus modalidades y sus beneficiarios (*supra*, párr.44). Sin embargo, conviene precisar el derecho interno vigente en cuanto al régimen de familia pues éste puede ser aplicable en algunos aspectos.

56. Los saramacas son una tribu que vive en el territorio de Suriname y que se constituyó con los esclavos africanos que huían de los propietarios holandeses. El escrito de la Comisión sostiene que los saramacas gozan de autonomía interna en virtud de un tratado del 19 de septiembre de 1762, el

cual les permitiría regirse por sus propias leyes. Allí expresa que ese pueblo “adquirió sus derechos sobre la base de un tratado celebrado con los Países Bajos, por el cual se les reconoce, entre otras cosas, la autoridad local de los Saramaca (sic) sobre su propio territorio”. A dicho escrito se acompaña el texto de la convención mencionada y se añade que las “obligaciones del tratado son aplicables por sucesión al estado (sic) de Suriname”.

57. La Corte no considera necesario investigar si dicho convenio es un tratado internacional. Sólo se limita a observar que si así hubiera sido, el tratado hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *jus cogens superveniens*. En efecto, en ese convenio los saramacas se obligan, entre otras cosas, a capturar los esclavos que hayan desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al Gobernador de Suriname, quien les pagará entre 10 y 50 florines por cada uno, según la distancia del lugar de su captura. Otro artículo faculta a los saramacas a vender a los holandeses, en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieren capturar. Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos.

58. La Comisión ha puntualizado que no pretende que los saramacas constituyan actualmente una comunidad con objetividad internacional, sino que la autonomía que reclama para la tribu es de derecho público interno.

La Corte no estima necesario averiguar si los saramacas gozan de autonomía legislativa y jurisdiccional dentro de la región que ocupan. La única cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Suriname relativas a derecho de familia se aplican a la tribu Saramaca. En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente. Cabe señalar también que en este proceso Suriname reconoció la existencia de un derecho consuetudinario saramaca

59. La Comisión ha ofrecido diversas pruebas acerca de la estructura social de los saramacas según la cual esta tribu presenta una configuración familiar fuertemente matriarcal . . . , con casos frecuentes de poligamia. El principal conjunto de parientes sería el “bee”, formado por todas las personas que descienden de una misma mujer. Este grupo asumiría la responsabilidad por los actos de cualesquiera de sus miembros y, en teoría, cada uno de éstos sería responsable ante el grupo en conjunto. Esto significaría que la indemnización que deba pagarse a una persona, se da al “bee” y su representante la distribuye entre sus miembros.

. . . .

61. El convenio No. 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) no ha sido aprobado por Suriname y en el derecho de gentes no existe ninguna norma convencional ni consuetudinaria que determine quiénes son los sucesores de una persona. Por consiguiente, es preciso aplicar los principios generales de derecho (art. 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

62. Es una regla común en la mayoría de las legislaciones que los sucesores de una persona son sus hijos. Se acepta también generalmente que el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, el derecho privado común reconoce como herederos a los ascendientes. Estas reglas generalmente admitidas en el concierto de las naciones deben ser aplicadas, a criterio de la Corte, en el presente litigio a fin de determinar los sucesores de las víctimas en lo relativo a la indemnización.

Estos principios generales de derecho se refieren a “hijo”, “cónyuge” y “ascendientes”. Estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este, como ya se ha indicado (supra, párr. 58), no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, el referirse a los “ascendientes”, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aún cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca.

....

81. La Comisión solicita que la Corte condene a Suriname a pagar a la tribu Saramaca una indemnización por daño moral y a efectuarle ciertas reparaciones no pecuniarias.

Suriname opone a esta reclamación una razón de procedimiento y sostiene que la Comisión efectuó esta demanda en la etapa de la determinación de la indemnización y que nada expresó sobre este tema en su memoria del 1 de abril de 1991.

La Corte no estima fundada la argumentación del Gobierno pues en el procedimiento ante un tribunal internacional una parte puede modificar su petición siempre que la contraparte tenga la oportunidad procesal de emitir su opinión al respecto (cfr. Usine de Chorzów, fond, supra 43, p. 7; Neuvieme rapport annuel de la Cour permanente de Justice internationale, C.P.J.I., Série E, No. 9, P. 163).

82. En el escrito y en algunos elementos de prueba presentados por la Comisión se insinúa la idea de que los asesinatos fueron cometidos por razones raciales y se los interpreta dentro de una relación conflictiva que habría existido entre el Gobierno y la tribu Saramaca.

En la denuncia de 15 de enero de 1988, efectuada ante la Comisión, se afirma: Más de 20 cimarrones (bushnegroes) fueron golpeados severamente y torturados en Atjoni. Todos eran varones e iban desarmados pero los militares sospechaban que eran miembros del Comando de la Selva.

La memoria de la Comisión del 1 de abril de 1991 hizo suya esta denuncia y la incluyó como parte integrante de ella. En todo el curso del procedimiento, la afirmación de que los militares actuaron sospechando que los saramacas eran miembros del Comando de la Selva no fue modificada ni desvirtuada. Por lo tanto, el origen de los hechos, tal como aparece en la memoria del 1 de abril de 1991, no se halla vinculado con una cuestión racial, sino con una situación de subversión entonces imperante. Si bien se hace referencia en algún pasaje del escrito de 31 de marzo de 1992 y en la declaración de un experto a la relación conflictiva que habría entre el Gobierno y los saramacas, no se ha probado en estas actuaciones que en el asesinato del 31 de diciembre de 1987 el factor racial haya sido un móvil del crimen. Es cierto que las víctimas del asesinato pertenecían todas a la tribu Saramaca, pero esa circunstancia por sí sola no permite llegar a la conclusión de que hubo en el crimen un factor racial.

83. En su escrito explica la Comisión que en la sociedad maroon tradicional, una persona no sólo es miembro de su grupo familiar sino, también, de su comunidad aldeana y del grupo tribal. Los aldeanos constituyen, según ella, una familia en el sentido amplio, razón por la cual el perjuicio causado a uno de sus miembros constituiría también un daño a la comunidad, que tendría que ser indemnizado.

La Corte considera, respecto del argumento que funda la reclamación de una indemnización por daño moral en la particular estructura social de los saramacas que se habrían perjudicado en general por los asesinatos, que todo individual además de ser miembro de su familia y ciudadano de un Estado, pertenece generalmente a comunidades intermedias. En la práctica, la obligación de pagar una indemnización moral no se extiende a favor de ellas ni a favor del Estado en que la víctima participaba, los cuales quedan satisfechos con la realización del orden jurídico. Si en algún caso excepcional se ha otorgado una indemnización en esta hipótesis, se ha tratado de una comunidad que ha sufrido un daño directo.

84. Según la Comisión el tercer fundamento del pago de la indemnización moral a favor de los saramacas concierne a los derechos que esta tribu tendría sobre el territorio que ocupa y la violación que habría cometido el Ejército surinamés al haber ingresado en él. La Comisión ha expresado que la autonomía adquirida por los saramacas, si bien tendría su fundamento en un tratado, se referiría actualmente sólo el derecho público interno pues no se reclama para la tribu ningún tipo de personalidad internacional (cfr. *supra*, párr. 58). La Comisión, pues, funda la procedencia de la indemnización moral en la presunta violación de una norma de derecho interno relativa a autonomía territorial.

En estas actuaciones, la Comisión ha presentado sólo el tratado de 1762. La Corte ya ha expresado su opinión sobre este presunto tratado internacional (cfr. *supra*, párr. 57). Ninguna otra disposición de derecho interno escrita o consuetudinaria ha sido presentada para demostrar la autonomía de los saramacas.

La Corte ha considerado que el móvil racial propuesto por la Comisión no ha sido debidamente probado y ha hallado improcedente el argumento de la particular estructura social de la tribu Saramaca. El supuesto de que para la violación del derecho a la vida se haya transgredido una norma interna sobre jurisdicción territorial no fundamentaría por sí solo la indemnización moral reclamada

en favor de la tribu. Los saramacas podrían plantear este presunto incumplimiento del derecho público interno ante la jurisdicción competente, pero no pueden presentarlo como el elemento que justificaría el pago de una indemnización moral a toda la tribu.

....

Caso No. 7615 (Brasil)

(CIDH, Resolución 12/85, Caso 7615, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985, OEA/Ser.L/II.66, Doc.10, rev.1, 1 de Octubre de 1985.)

ANTECEDENTES:

1. El 15 de diciembre de 1980 se interpuso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición contra el Gobierno de Brasil en la cual los peticionarios, Tim Coulter (Executive Director, Indian Law Resource Center); Edward J. Lehman (Executive Director, American Anthropological Association); Barbara Bentley (Director, Survival International); Shelton H. Davis (Director, Anthropology Resource Center); George Krumbhaar (Acting President, Survival International, U.S.A.) y otras personas, alegan violaciones de los derechos humanos de los indios Yanomami, citando en particular los artículos I (Derecho a la Vida, a la Libertad, a la Seguridad e Integridad de la Persona); II (Derecho de Igualdad ante la Ley); III (Derecho de Libertad Religiosa y de Culto); XI (Derecho a la Preservación de la Salud y al Bienestar); XII (Derecho a la Educación); XVII (Derecho de Reconocimiento de la Personalidad Jurídica y de los Derechos Civiles); y XXIII (Derecho de Propiedad de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

2. Del examen de los documentos y testimonios sometidos a la Comisión, se pueden inferir los siguientes antecedentes de hecho y de derecho en este asunto:

a. En el Estado de Amazonas y en el Territorio de Roraima, en la frontera con Venezuela, habitan entre 10,000 a 12,000 indios Yanomami;

b. La Constitución brasileña garantiza el derecho de los indios a su propio territorio y estipula que éste constituye propiedad permanente e inalienable (Enmienda Constitucional N 1/69, artículo 198). Además, consagra el derecho de los indios al uso exclusivo de los recursos naturales de su territorio;

c. El artículo 23 del Estatuto del Indio (Ley 6.001 de 1973) establece que constituye territorio de los indios "las tierras ocupadas según sus costumbres y tradición inclusive territorios donde realizan actividades indispensables para su subsistencia o que son de utilidad económica para ellos";

d. El artículo 2 de la Ley 6.001 garantiza también el derecho de los indios y de las comunidades indígenas a "poseer permanentemente las tierras que ocupan, reconociéndoles el derecho al usufructo exclusivo de las riquezas naturales encontradas en ellas";

e. El artículo 6 del Código Civil brasileño establece que los indios son considerados “relativamente incapaces” y están bajo la “tutela” de la FUNAI. Dicha institución es dependiente del Ministerio del Interior y fue creada para la defensa, protección y preservación de los intereses y patrimonio cultural de los indios así como también para la promoción de programas y proyectos relacionados con el desarrollo social y económico de éstos;

f. En la década del 60 el gobierno brasileño aprobó un plan de explotación de los vastos recursos naturales y de desarrollo de la región amazónica. En 1973 comenzó la construcción de la autopista BR-210 (Rodovia Perimetral Norte) la cual, al atravesar el territorio de los indios Yanomami, obligó a éstos a abandonar su habitat y buscar refugio en otras localidades;

g. Durante la década del setenta fueron descubiertos ricos depósitos minerales en las zonas de Couto de Magalhães, Uraricãa, Surucucus y Santa Rosa -territorios de los Yanomami- los que atrajeron a compañías mineras y a exploradores independientes (garimpeiros) agravando así el desplazamiento de miles de indios;

h. Entre 1979 y 1984 se realizaron diversas gestiones y se presentaron varios proyectos tendientes a delimitar como territorio indígena un Parque Yanomami.

i. En marzo de 1982, luego de una intensa campaña de protesta por parte de organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos y de defensa de los indígenas, el Gobierno del Brasil por decreto ministerial GM/N 025 estableció la interdicción en el Territorio Federal de Roraima y Estado de Amazonas de un área continua de 7,000,000 hectáreas destinadas a los indios Yanomami. Entre otras estipulaciones, dicho decreto asignaba a la FUNAI la responsabilidad de adoptar para la protección de los indios Yanomami las siguientes cinco medidas :

i. la interdicción de un área continua de tierra;

ii. el establecimiento de una estructura administrativa con suficientes puestos de control a los efectos de coordinar e implementar la asistencia a los Yanomami;

iii. la construcción de pistas de aterrizaje en los puestos de control y diversas áreas a los efectos de atraer a los grupos indígenas aislados así como también establecer una infraestructura para la creación de caminos y carreteras;

iv. la adopción de medidas protectoras de los grupos indígenas especialmente aquellas relacionadas con las áreas interdictas para proteger el medio natural y preservar las construcciones y equipos existentes; y

v. coordinar y dirigir las actividades de las misiones religiosas.

j. El 12 de setiembre de 1984, el entonces Presidente de la FUNAI, Sr. Jurundy Marcos da Fonseca, sometió una nueva propuesta al Grupo Interministerial de Trabajo que había sido creado en 1983 mediante Decreto 88.118 tendiente a definir el futuro Parque Indígena Yanomami en una superficie de 9.419.108 hectáreas cuadradas, la que comprendería prácticamente todo el territorio y las aldeas en que habitan los Yanomami. Hasta ahora, sin embargo, esa proposición no se ha concretizado.

3. En la presentación formulada por los peticionarios y en posteriores testimonios e informes presentados por éstos a la Comisión se formularon las siguientes alegaciones:

a. La penetración masiva de personas extrañas al área ha tenido devastadoras consecuencias físicas y psicológicas para los indígenas; ha ocasionado la ruptura de su organización social milenaria, ha introducido la prostitución entre las mujeres la que era desconocida y ha causado gran número de muertes, las que han sido causadas por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, enfermedades venéreas, etc.

b. A pesar de reiteradas intervenciones en favor de los indios, por parte de múltiples organizaciones humanitarias, religiosas e indígenas, poco han hecho las autoridades responsables para la protección de la salud de los indígenas y asegurar la implementación de las disposiciones constitucionales y de la ley;

c. Los proyectos de desarrollo agrícola realizados por el Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (INCRA), creado para el beneficio de los indios desplazados de sus tierras, no han producido los efectos esperados. El resultado, por el contrario, ha sido la pérdida de sus tierras y el traslado forzoso a comunidades agrícolas que no corresponden a sus costumbres y tradiciones;

d. El proceso de integración de los indios, tal como está establecido en la legislación y es aplicado por las autoridades responsables, tiende a la desintegración y destrucción de las comunidades indígenas en lugar de facilitar su bienestar económico y social;

e. La ocupación y desarrollo de la zona del Amazonas y del Territorio de Roraima ha resultado en la destrucción de campamentos, la desaparición y muerte de centenares de indios Yanomami y amenaza con su extinción.

f. La propuesta para la creación del "Parque Indígena Yanomami", si bien ha recibido el apoyo de un sector del Gobierno Federal, por otro lado, ha sido objetada por sectores interesados primordialmente en el desarrollo económico del Estado de Amazonas y del Territorio de Roraima, los cuales han manifestado su oposición al proyecto, lo que se ha traducido, hasta ahora, en un incumplimiento de la Ley 6.001 que prevé la reserva de las tierras indígenas.

4. Todas las comunicaciones de los peticionarios han sido oportunamente transmitidas al Gobierno de Brasil, al cual la Comisión ha solicitado la información pertinente. El Gobierno en sus Notas N 127 de 13 de mayo de 1981, N 316 de 3 de noviembre de 1981, N 101 de 14 de abril de 1982 y N

38 de 13 de febrero de 1985 en respuesta a dichas solicitudes de la Comisión, ha comentado ampliamente la legislación brasileña en relación con el estatuto legal y los derechos civiles y políticos de los indios, así como también los principales puntos suscitados en las denuncias de los peticionarios en términos que se resumen a continuación:

a. Estatuto legal de los indios en brasil. Derechos civiles

i. De acuerdo con la ley brasileña los indígenas son considerados relativamente incapaces para ejercer determinadas actividades y son puestos bajo tutela administrativa para su protección. La Ley provee protección adecuada a todos los “individuos” y “comunidades de indios”.

ii. La Constitución Federal garantiza a los indios el derecho de tránsito, de reunión y expresión. La FUNAI no interfiere de ninguna manera en el goce de estos derechos.

iii. Desde 1980, la FUNAI ha aumentado el presupuesto destinado a la educación de los indios para que estudien en centros educativos cercanos a sus comunidades.

b. Derechos políticos

i. Los indígenas son titulares de derechos políticos garantizados por la Ley 6.001 de 1973. El ejercicio de estos derechos depende de la verificación de las condiciones especiales establecidas en esta Ley y la legislación pertinente.

ii. La emancipación está regida por el artículo 11 del Estatuto del Indio (Ley 6.001) la cual puede ser declarada por el Presidente de la República por medio de un decreto cuando lo requiera la mayoría de sus miembros y que la plena integración en la colectividad nacional esté comprobada por investigación realizada por el órgano federal competente. La emancipación no puede emanar de la iniciativa del órgano titular (FUNAI) o ser declarada independientemente de la voluntad de la comunidad. En lo que concierne a la participación de los indígenas en la Cámara Municipal, el Gobierno ha señalado que “hay algunos indígenas en la Cámara Municipal, particularmente en el Estado de Mato Grosso do Sul”.

c. Protección de la salud de los indígenas

El Gobierno ha informado a la Comisión que en los últimos años mediante la FUNAI con la colaboración a través de un convenio con la asociación francesa “Medecins du Monde” y la Comisión para la Creación del Parque Yanomami ha venido preocupándose de atender la salud de los Yanomami a través de vacunaciones masivas y control de epidemias.

d. Protección de las tierras indígenas

Las tierras de los indios están protegidas tanto por la Constitución Federal como por el Estatuto del Indio (Ley 6.001, artículos 6, 22, 24, 25 y 44). En cuanto a la creación del Parque Indígena Yanomami, el Gobierno ha reconocido que ya ha expirado el plazo establecido por la Ley 6.001 para la demarcación de las tierras indígenas (Nota N 316) e informado a la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos que “la definición del área Yanomami está siendo cuidadosamente considerada y se encuentra en la fase final de su estudio por parte de representantes de la FUNAI, la Secretaría General del Ministerio del Interior, la Secretaría Especial del Medio Ambiente, el Instituto Brasileño de Desarrollo Forestal y el Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria bajo la coordinación de la Secretaría General del Consejo de Seguridad Nacional”.

También ha informado el Gobierno que la FUNAI se viene esforzando por concluir la retirada de todos aquellos que ocupan ilegalmente las tierras indígenas. Esta tarea ha sido cumplida en varias zonas.

Posteriormente, por nota N 38 de 13 de febrero de 1985, el Gobierno informó a la Comisión que con respecto a la extensión de un área continua para los Yanomami, el Presidente de la FUNAI encaminó el 12 de setiembre de 1984 al Grupo de Trabajo Interministerial, instituido por el Decreto 88.118/83, una nueva propuesta para la definición del futuro Parque Indígena Yanomami cuya superficie será de 9.419.108 hectáreas. El área designada incluirá todas las áreas aisladas Yanomami (Ajarani, Catrimani y Pacu) y su creación depende de la regularización de los límites y de la creación de una infraestructura que, por el momento, se encuentra en una etapa avanzada.

Asimismo, en dicha nota de febrero del corriente año, el Gobierno informó a la Comisión que el Presidente de la FUNAI, atendiendo a la solicitud de los jefes de los puestos de control en el área Yanomami, por decreto ministerial N 1817/E del 8 de enero de 1985, prohibió el tránsito o permanencia de personas o grupos no indígenas, principalmente “garimpeiros” y que hasta la fecha no se había permitido la entrada de ninguna empresa minera en territorio Yanomami.

E. POSIBILIDAD DE TRANSFERENCIA DE GRUPOS TRIBALES Y DE INTERVENCION DEL GOBIERNO EN LAS ZONAS DE LOS INDIOS

i. La Ley 6.001 otorga al Presidente de la República el poder y derecho de intervenir en las áreas habitadas por indios, expropiar y trasladarlos por razones excepcionales (artículo 20) entre ellas: la realización de obras públicas relacionadas con el desarrollo nacional y la explotación de las riquezas del subsuelo que pertenecen al Estado Federal, de interés relevante para la seguridad y el desarrollo nacional, así como por razones de seguridad nacional. Dicha transferencia puede ser realizada mediante decreto del Presidente de la República.

La ley 6.001 de 1973 prevé condiciones en las cuales los órganos estatales pueden proceder a la transferencia de grupos indígenas a áreas equivalentes a las que ellos están acostumbrados.

ii. En lo que concierne a la explotación y concesión de los minerales en tierras indígenas, el artículo 168 de la Constitución establece que: “En Brasil las riquezas del subsuelo pertenecen en su totalidad a la Unión aún cuando se encuentren en propiedad privada”. A fin de proteger los intereses del patrimonio de los indios, la Ley 6.001 permite la explotación del subsuelo indígena sólo en caso de interés nacional relevante, por entidades públicas federales, después de haber obtenido la anuencia de la FUNAI y solamente cuando se trata de minerales estratégicos necesarios a la seguridad y desarrollo nacional.

Considerando:

1. Que los peticionarios denunciaron a la Comisión la violación de los derechos humanos de los Indios Yanomami por parte del Gobierno de Brasil y de la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), organismo gubernamental de tutela a los indios creado para administrar la política indígena del Gobierno e implementar la Ley 6.001 del 19 de diciembre de 1973 denominada “Estatuto del Indio”.

2. Que las violaciones denunciadas tienen su origen en la construcción de la autopista transamazónica BR-2310 que atraviesa los territorios donde viven los indios; en la falta de crear el Parque Yanomami para la protección del patrimonio cultural de este grupo indígena; en la autorización de explotar las riquezas del subsuelo de los territorios indígenas; en permitir la penetración masiva en el territorio de los indios de personas extrañas transmisoras de enfermedades contagiosas diversas que han causado múltiples víctimas dentro de la comunidad indígena y de no proveer la atención médica indispensable a las personas afectadas, y finalmente, por proceder al desplazamiento de los indios de sus tierras ancestrales con todas las negativas consecuencias para su cultura, tradición y costumbres.

3. Que la Constitución Federal de la República estipula en su artículo 4, numeral IV que los bienes de la Unión incluyen “a las tierras ocupadas por los selvícolas”, y que por otra parte el artículo 198 expresa:

Las tierras habitadas por los selvícolas son inalienables según los términos prescriptos por la Ley Federal, cabiéndoles la posesión permanente y quedando reconocido su derecho al usufructo exclusivo de las riquezas naturales y a todos los beneficios que puedan ser obtenidos de ellas.

4. Que para efectos legales, la Ley 6.001 en su artículo 3 establece dos grupos de indígenas:

a. los “Indios o Selvícolas” es decir, individuos de origen pre-colombino cuyas características culturales los distinguen de la sociedad nacional, y

b. la “Comunidad Indígena o Grupo Tribal” que se refiere a los que viven aislados de la comunidad nacional.

5. Que, por su parte, para la protección del territorio indígena, la Ley. 6.001 (Estatuto del Indio) estipula:

Artículo 19

Por iniciativa y bajo la supervisión del órgano federal de asistencia a los indios, las tierras indígenas serán administrativamente demarcadas de conformidad con el proceso establecido por decreto del Poder Ejecutivo.

Artículo 25:

El reconocimiento del derecho de los indios o grupos tribales a poseer permanentemente las tierras en que viven, según los términos del artículo 198 de la Constitución Federal, no dependerá de la demarcación de éstas, y será asegurado por el órgano federal de asistencia a los selvícolas...

6. Que el artículo 20 de la Ley 6.001 estipula que la Unión puede mediante decreto del Presidente de la República intervenir en los territorios indígenas en casos excepcionales tales como: a) por razón de seguridad nacional; b) para realizar obras públicas relacionadas con el desarrollo nacional; y c) para la explotación de riquezas del subsuelo de interés relevante para la seguridad y el desarrollo nacional.

7. Que el Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural.

8. Que sobre el tema de las poblaciones indígenas la Comisión ha señalado:

Que la Comisión considera que la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados;

Que en diversas oportunidades esta Comisión ha debido tomar conocimiento de casos en los cuales se ha comprobado que abusos de poder cometidos por funcionarios gubernamentales encargados de tareas de administración en relación con comunidades indígenas han ocasionado gravísima lesión a los derechos humanos de sus integrantes;

Que estos agravios a los derechos humanos resultan tanto más reprobables si se atiende al hecho de provenir de agentes del poder público y de tomar por víctimas a personas o grupos para los cuales es particularmente difícil el ejercicio eficaz de los medios de defensa establecidos por las legislaciones de los respectivos Estados.

Por ello recomendó que:

1. Todos los Estados que dispensen muy particular interés a la adecuada capacitación de los funcionarios que deben ejercer sus tareas en contacto con las referidas poblaciones, despertando en ellos la conciencia de su deber de actuar con el mayor celo en defensa de los derechos humanos de los indígenas quienes no deben ser objeto de discriminación de especie alguna. (OEA/Ser.P.AG/doc. 305/73, rev. 1, 14 marzo 1973, pág. 89)

9. Que la Organización de los Estados Americanos ha establecido como acción prioritaria para los países miembros, la preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos y la lucha en contra de la discriminación que invalida su potencial como seres humanos a través de la destrucción de su identidad cultural e individualidad como pueblos indígenas.

10. Que del cuidadoso examen de los hechos realizados por la Comisión, incluido las respuestas del Gobierno de Brasil resulta lo siguiente:

a) Que con motivo del inicio, en 1973, de la construcción de la autopista BR-210 (Rodovia Perimetral Norte), el territorio que por tiempos inmemoriales habitaban los indios Yanomami fue invadido por trabajadores en la construcción de la autopista, geólogos, exploradores mineros y colonos deseosos de asentarse en dicho territorio;

b) Que tales invasiones se llevaron a cabo sin previa y adecuada protección para la seguridad y salubridad de los indios Yanomami, lo cual dio como resultado un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc.;

c) Que indígenas habitantes de varias aldeas cercanas a la ruta de la autopista BR-210 (Rodovia Perimetral Norte) abandonaron sus aldeas, convirtiéndose en mendigos o en prostitutas sin que el Gobierno de Brasil adoptase las medidas necesarias para impedirlo; y

d) Que con posterioridad al descubrimiento, en 1976, de minerales de estaño y otros metales en la región donde habitan los indios Yanomami, se generaron graves conflictos que dieron origen a actos de violencia entre exploradores y explotadores de esos minerales, por una parte, y los indígenas, por otra. Tales conflictos, que ocurrieron especialmente en las áreas de la Serra dos Surucucus, Couto de Magalhães y Furo de Santa Rosa afectaron la vida, seguridad, salud e integridad cultural de los Yanomami.

11. Que de los hechos expuestos precedentemente surge una responsabilidad del Estado brasileño por la omisión de haber adoptado oportuna y eficazmente medidas para proteger los derechos humanos de los Yanomami.

12. Que el Gobierno de Brasil, en los últimos años, ha adoptado diversas medidas para superar y aliviar los problemas originados con los indios Yanomami. Entre esas medidas el Gobierno de Brasil ha informado, por nota de su Representante Permanente ante la Organización de los Estados Americanos de 13 de febrero de 1985, que el Gobierno de Brasil ha adoptado las siguientes medidas para proteger la seguridad, salud e integridad de los Yanomami:

a) El Presidente de la FUNAI envió una propuesta al grupo interministerial de trabajo el 12 de septiembre de 1984 solicitando la definición y delimitación del futuro Parque Yanomami, el cual tendría una superficie de 9,419,108 hectáreas;

b) El área propuesta para ese Parque cubriría las áreas aisladas de Ajarani, Catrimani y Pacu, así como cuatro puestos de control, tres de vigilancia y un número de misiones religiosas para que puedan prestar asistencia médica y otros servicios a los indígenas;

- c) La FUNAI, con la colaboración de la asociación francesa "Medicins du Monde" y la Comisión para la Construcción del Parque Yanomami está ejecutando un programa de salubridad entre los Yanomami, el cual incluye especialmente masivas vacunaciones preventivas y control de epidemias;
- d) El presidente de la FUNAI ha prohibido el desplazamiento de personas o grupos no indígenas, especialmente exploradores mineros, en el área propuesta para la creación del Parque Yanomami;
- e) Hasta ahora ninguna compañía minera ha ingresado a la región de los Yanomami; y
- f) El plano de ayuda y asistencia a los Yanomami continúa siendo ejecutado por la Delegación Regional N 10 de la FUNAI, la cual tiene su sede en Boa Vista, Roraima.

LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

RESUELVE:

1. Declarar que existen suficientes antecedentes y evidencias para concluir de que en razón de la omisión del Gobierno de Brasil para adoptar oportunas y eficaces medidas en favor de los indios Yanomami se ha producido una situación que ha dado como resultado la violación, en perjuicio de éstos, de los siguientes derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre: Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo 1); Derecho de residencia y tránsito (artículo 8); y Derecho a la preservación de la salud y bienestar (artículo 9).
2. Reconocer las importantes medidas que en los últimos años, particularmente desde 1983, ha adoptado el Gobierno de Brasil para proteger la seguridad, salud e integridad de los indios Yanomami.
3. Recomendar:
 - a) Que el Gobierno de Brasil continúe adoptando medidas sanitarias de carácter preventivo y curativo a fin de proteger la vida y la salud de los indios expuestos a adquirir enfermedades infecto-contagiosas;
 - b) Que el Gobierno de Brasil, a través de la FUNAI y de conformidad con su legislación, proceda a delimitar y demarcar el Parque Yanomami, tal como la FUNAI lo propuso al grupo interministerial de trabajo el 12 de setiembre de 1984;
 - c) Que los programas educacionales, de protección médica y de integración social de los Yanomami sean llevados a cabo en consulta con la población indígena afectada y con la asesoría de competente personal científico, médico y antropológico; y
 - d) Que el Gobierno de Brasil informe a la Comisión de las medidas adoptadas para implementar estas recomendaciones.

4. Incluir esta Resolución en el Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Comentario

El Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece derechos específicos de las comunidades indígenas que en virtud del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pueden ser objeto de adjudicación por parte del Comité de Derechos Humanos del Pacto. El Artículo 27 dice:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Asimismo, el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (OIT No. 169) contempla obligaciones que son exigibles a los Estados Partes de este tratado. Estas convenciones son relevantes para la interpretación de ciertas disposiciones de la Convención Americana, tales como la libertad de conciencia y de religión (Artículo 12), en virtud del Artículo 29 de este instrumento.

Sandra Lovelace v. Canadá

(Comunicación No. 24/1977, 30 de julio de 1981 (13º período de sesiones) Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU)

....

Observaciones formuladas conforme al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo (1), (2)

1. La autora de la comunicación de fecha 29 de diciembre de 1977, complementada en cartas sucesivas de fechas 17 de abril de 1978, 28 de noviembre de 1979 y 20 de junio de 1980, es una mujer de 32 años que vive en el Canadá. Nació y fue inscrita como "india maliseet", pero perdió sus derechos y condición de india en virtud del apartado *b* del párrafo I del artículo 12 de la Indian Act, al casarse con una persona que no era de origen indio el 23 de mayo de 1970. Afirma que el hombre indio que se case con una mujer no india no pierde su condición de indio, y sostiene que la ley citada es discriminatoria por motivos de sexo, y contraria a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2, el artículo 3, los párrafos 1 y 4 del artículo 23 y los artículos 26 y 27 del Pacto. Con respecto a la admisibilidad de la comunicación, la autora deduce que no hubo de agotar los recursos internos ya que la Corte Suprema del Canadá, en los casos del Fiscal General del Canadá v. Jeanette Lavell,

Richard Isaac y otros v. Yvonne Bédard (1974) S.C.R 1349, fallo que el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 12 era plenamente aplicable, independientemente de su incompatibilidad con el Canadian Bill of Rights, en razón de discriminación basada en el sexo.

. . . .

10. El Comité de Derechos Humanos, en el examen de la comunicación que tiene a la vista, debe partir del hecho básico de que Sandra Lovelace contrajo matrimonio con un no indio el 23 de mayo de 1970 y, en consecuencia, perdió su condición de india maliseet en virtud de lo dispuesto en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 12 de la Indian Act. Esta disposición estaba, y sigue estando, basada en una distinción de jure por razones de sexo. Sin embargo, ni su aplicación al matrimonio de la firmante como causa de la pérdida de su condición de india, ni sus efectos podían, en aquel momento, equivaler a una violación del Pacto, porque este instrumento sólo entró en vigor con respecto al Canadá el 19 de agosto de 1976. Además, por regla general, el Comité no es competente para examinar comunicaciones relativas a acontecimientos ocurridos antes de la entrada en vigor del Pacto y el Protocolo Facultativo. Así pues, por lo que respecta al Canadá solo puede examinar las presuntas violaciones de los derechos humanos cometidas el 19 de agosto de 1976 o a partir de esa fecha. En el caso de un particular que afirme ser víctima de una violación, no puede formular observaciones sobre la ley en abstracto, sin tener en cuenta la fecha en que dicha ley se aplicó a la presunta víctima. De ello se desprende que, en el caso de Sandra Lovelace, el Comité no es competente para formular ninguna observación sobre la causa inicial de la pérdida de su condición de india, es decir, la Indian Act, según se le aplicó en el momento de su matrimonio, en 1970.

11. El Comité reconoce, sin embargo, que la situación puede ser diferente si las presuntas violaciones, aunque relacionadas con acontecimientos ocurridos antes del 19 de agosto de 1976, persisten, o si después de esa fecha surten efectos que, por sí mismos, constituyen violaciones. Al examinar la situación de Sandra Lovelace a este respecto, el Comité debe tener en cuenta todas las disposiciones pertinentes del Pacto. Ha examinado, en particular, la medida en que las disposiciones generales de los artículos 2 y 3, así como los derechos enunciados en el párrafo 1 del artículo 12, en el párrafo 1 del artículo 17, en el párrafo 1 del artículo 23 y en los artículos 24, 26 y 27 pueden resultar aplicables a los hechos de su situación actual.

12. El Comité hace notar, en primer lugar, que el 19 de agosto de 1976 el Canadá se comprometió, en virtud de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Pacto, a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción de ninguna índole, sexo inclusive, y a adoptar las medidas oportunas para dictar las disposiciones que fueren necesarias para hacer efectivos estos derechos. Además, en virtud del artículo 3, el Canadá se comprometió a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de estos derechos. Estos compromisos se aplican también a la situación de Sandra Lovelace. No obstante, el Comité considera que no es necesario, a los efectos de su comunicación, decidir la medida en que se aplican a cualquier respecto. Toda la amplitud de la obligación de Canadá de suprimir los efectos de la aplicación de leyes existentes a acontecimientos pasados, o las desigualdades causadas por ella, en particular respecto de cuestiones como la

condición civil o personal, no tiene por qué examinarse en el caso presente por las razones que a continuación se exponen.

13.1. El Comité estima que la presente queja se funda, en esencia, en el efecto persistente de la Indian Act en cuanto a la denegación de la condición jurídica de india a Sandra Lovelace, en particular porque, a causa de ella, Sandra Lovelace no puede reivindicar el derecho legal a residir en el lugar escogido por ella, la Reserva Tobique. Este hecho persiste después de la entrada en vigor del Pacto, y sus efectos deben examinarse sin tener en cuenta su causa inicial. Entre los efectos indicados en nombre de la autora (mencionados en el párrafo 9.9 supra y numerados de 1 a 9), la mayoría (1 a 8) se refieren a la Indian Act y a otras disposiciones del Canadá en esferas que no tienen necesariamente efectos adversos en el goce de los derechos protegidos en virtud del Pacto. A este respecto, lo que cuenta es su última denuncia, a saber, la “pérdida, sobre todo, de los beneficios culturales derivados de la vida en una comunidad india y de los lazos afectivos con el hogar, la familia, los amigos y los vecinos, así como la pérdida de la identidad”.

13.2. Aunque Sandra Lovelace ha invocado varias disposiciones del Pacto, el Comité considera que la que resulta más directamente aplicable a su denuncia es el artículo 27, cuyo texto es el siguiente:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Es preciso determinar si Sandra Lovelace, por habérsele denegado el derecho legal a residir en la Reserva Tobique, se ha visto privada del derecho, garantizado a las personas pertenecientes a minorías en virtud del artículo 27, a tener su propia vida cultural y a emplear su propio idioma, en común con los demás miembros de su grupo.

14. Los derechos enunciados en el artículo 27 del Pacto deben garantizarse a las “personas que pertenezcan” a la minoría. Actualmente, en virtud de la legislación canadiense, Sandra Lovelace no reúne los requisitos para que se la considere india. Sin embargo, la Indian Act se refiere principalmente a varios privilegios que, como ya se ha indicado, no caen en el ámbito del Pacto. Por lo tanto, es preciso hacer una distinción entre la protección conferida por la Indian Act y la protección conferida por el artículo 27 del Pacto. Normalmente debe considerarse que las personas nacidas y criadas en una reserva, que han mantenido vínculos con su comunidad y desean conservar estos vínculos, pertenecen a esa minoría en el sentido que se le da en el Pacto. Puesto que Sandra Lovelace es étnicamente una india maliseet y sólo ha estado ausente de su reserva natal en los pocos años que duró su matrimonio, a juicio del Comité tiene derecho a que se considere que “pertenece” a esta minoría y a acogerse a los beneficios previstos en el artículo 27 del Pacto. La cuestión de si se le han denegado estos beneficios depende de la amplitud de los mismos.

15. El derecho a vivir en una reserva no está, como tal, garantizado en el artículo 27 del Pacto. Además, la Indian Act no interfiere directamente con las funciones expresamente mencionadas en ese artículo. Sin embargo, en opinión del Comité, el derecho de Sandra Lovelace a participar en la vida cultural y a emplear el idioma de su comunidad de origen, “en común con los demás miembros” de su grupo, de hecho ha sido, y sigue siendo objeto de interferencias, porque esa comunidad existe únicamente en la Reserva Tobique. Por otra parte, no cabe considerar que cualquier interferencia equivalga a una denegación de los derechos en el sentido del artículo 27. Las restricciones del derecho de residencia impuestas por la legislación nacional no pueden excluirse en virtud del artículo 27 del Pacto. Lo mismo se desprende de las restricciones al párrafo 1 del artículo 12 del Pacto enunciadas en el párrafo 3 de dicho artículo 12. El Comité reconoce la necesidad de definir la categoría de personas con derecho a vivir en una reserva, en particular a los efectos explicados por el Gobierno respecto de la protección de sus recursos y la preservación de la identidad de su pueblo. No obstante, deben tenerse también en cuenta las obligaciones contraídas desde entonces por el Gobierno en virtud del Pacto.

16. A este respecto, el Comité opina que las restricciones legales del derecho de una persona que pertenece a la minoría del caso a residir en una reserva deben tener una justificación razonable y objetiva y ser compatibles con las demás disposiciones del Pacto, considerado en su conjunto. Debe interpretarse y aplicarse el artículo 27 teniendo en cuenta las demás disposiciones anteriormente mencionadas, como los artículos 12, 17 y 23, en la medida en que puedan guardar relación con el caso particular, y también las disposiciones contra la discriminación, como los artículos 2, 3 y 26 si procede. Sin embargo, no es necesario determinar de manera general qué restricciones pueden estar justificadas en virtud del Pacto, en particular como resultado del matrimonio, porque en el presente caso las circunstancias son especiales.

17. Hay que examinar el caso de Sandra Lovelace teniendo presente que su matrimonio con un no indio se ha disuelto. En esta situación, es natural que desee volver al medio en que nació, en particular puesto que, tras la disolución de su matrimonio, sus principales vínculos culturales son nuevamente los que la unen al grupo maliseet. Cualesquiera que sean las demás virtudes de la Indian Act, según el parecer del Comité, el denegar a Sandra Lovelace el derecho a residir en la reserva no es razonable ni necesario para preservar la identidad de la tribu. El Comité concluye, por lo tanto, que impedir que se reconozca su pertenencia al grupo es una denegación injustificable de sus derechos en virtud del artículo 27 del Pacto, interpretado en el contexto de las demás disposiciones mencionadas.

18. En vista de esta conclusión, el Comité no considera necesario determinar si los mismos hechos revelan también violaciones separadas de los demás derechos invocados. Los derechos concretos más directamente relacionados con su situación son los enunciados en el artículo 27 del Pacto. El derecho a escoger el lugar de residencia (art. 12) y los derechos que tienen por finalidad la protección de la vida familiar y de los hijos (arts. 17, 23 y 24) se ven afectados sólo en forma indirecta en el presente caso. Los hechos del caso no parecen requerir un nuevo examen a la luz de esos artículos. La conclusión del Comité de que no hay justificación razonable para la interferencia en los derechos de Sandra Lovelace en virtud del artículo 27 del Pacto también hace que resulte innecesario, como se ha sugerido ya (párr. 12), examinar las disposiciones generales contra la

discriminación (arts. 2, 3 y 26) en el contexto del presente caso y, en particular, determinar su relación con desigualdades anteriores a la entrada en vigor del Pacto respecto del Canadá.

19. En consecuencia, el Comité de Derechos Humanos, en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, opina que los hechos del presente caso, que establecen que se ha denegado a Sandra Lovelace el derecho legal a residir en la Reserva Tobique, revelan una violación del artículo 27 del Pacto por parte del Canadá.

....

Comentario

Las decisiones de tribunales internos constituyen la fuente principal de protección de los derechos de las comunidades indígenas. Como hemos señalado anteriormente, la protección internacional complementa la protección local y sólo es relevante cuando los recursos internos no han garantizado adecuadamente los derechos consagrados para dichas comunidades en la legislación nacional e internacional. Las siguientes decisiones de tribunales internos son ejemplos de adjudicación de casos relacionados con estos derechos.

Acción de Tutela -Sentencia No. T-254/94, Caso Ananías Narvaez

(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-254/94, mayo 30 de 1994, Actor: Ananías Narvaez, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

....

1. El petente acusa al cabildo indígena de El Tambo de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y de desconocer la prohibición constitucional de las penas de destierro y confiscación, por la expulsión de que fue objeto por parte de la comunidad indígena, pese a que las imputaciones hechas en su contra carecieron de sustento probatorio, la decisión de expulsión fue tomada bajo presiones y amenazas del Gobernador indígena y no se le reconocieron las mejoras correspondientes al trabajo de 11 años en la parcela que le había sido asignada por la propia comunidad. Adicionalmente, sostiene que el acto acusado viola sus derechos a la honra, al buen nombre y al trabajo -por carecer de habilidades para trabajar en la zona urbana donde actualmente reside-, y amenaza su derecho a la vida, dado que la región se caracteriza por problemas de orden público y presencia de personas y grupos que aplican justicia por su propia mano.

....

6. El fortalecimiento de la unidad nacional es uno de los fines postulados en el preámbulo de la Constitución. La importancia de este valor que preside la Carta, se refleja en el establecimiento de la República unitaria como forma de gobierno, pero con autonomía de sus entidades territoriales (CP art. 1).

La consagración simultánea en el mismo artículo constitucional de principios contrarios -no contradictorios- como el régimen unitario y las autonomías territoriales, muestra la intención del Constituyente de erigir un régimen político fundado en la conservación de la diversidad en la unidad.

En cuanto a la autonomía de las entidades territoriales, cabe resaltar, y al mismo tiempo, diferenciar, lo que concierne a la autonomía reconocida a los territorios indígenas.

Aun cuando hasta el momento no se haya expedido la correspondiente ley llamada a regular el trascendental aspecto del régimen territorial del país, es posible, no obstante, distinguir que, a diferencia de lo que acontece frente a otras entidades territoriales, a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no sólo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino que también el ejercicio, en el grado que la ley establece, de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades (CP art. 330), las que pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (CP art. 246). Lo anterior no significa otra cosa que el reconocimiento y la realización parcial del principio de democracia participativa y pluralista y el respeto de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (CP art. 7).

La autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas por el constituyente, por su parte, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley (CP arts. 246, 330), de forma que se asegure la unidad nacional.

7. La creación de una jurisdicción especial indígena como la indicada en el artículo 246 de la Constitución plantea el problema de determinar cuál es la jerarquía existente entre la ley y las costumbres y usos indígenas, como fuentes de derecho. En efecto, la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación:

7.1 A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la "vida civilizada" (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción

social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres -los que deben ser, en principio, respetados-, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.

7.2 Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

7.3 Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional -diversidad, pluralismo- y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

7.4 Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre *contra legem* por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.

Las anteriores premisas permiten identificar a la comunidad indígena de El Tambo, localizada en el Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima, como una comunidad en proceso de legalización de su territorio de resguardo y de recuperación de su identidad cultural, que habita un predio adjudicado por el INCORA en 1989 respecto del cual, por el momento, no posee título de propiedad comunitaria. En efecto, al igual que en otras parcialidades del Tolima, los miembros de la comunidad

de El Tambo no conservan la lengua que hablaban sus antepasados ni parte importante de sus costumbres y tradiciones. No obstante, eligen a sus autoridades representadas en el cabildo indígena, administran colectivamente el uso y trabajo de la tierra y comparten un propósito común: identificarse con su pasado aborigen, manteniendo los rasgos y valores propios de su cultura, así como sus formas de gobierno y control social que los distingue como comunidad indígena.

JURISDICCION INDIGENA E IMPOSICION DE SANCIONES

8. El ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionada a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista. La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley. De otra parte, al Legislador corresponde la obligación de regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema de la justicia nacional (CP art. 246).

La precariedad de ciertos presupuestos fácticos para el ejercicio adecuado de la jurisdicción especial indígena -falta de legalización del resguardo, ausencia de prueba sobre la existencia de usos y costumbres-, son factores que muy probablemente llevaron a los juzgadores de primera y segunda instancia a identificar la decisión de la comunidad indígena con un acto particular emanado del derecho de libre asociación, y no como un acto jurisdiccional. No obstante, el reconocimiento de la existencia de una comunidad indígena con sus propias autoridades, normas y procedimientos por parte de los juzgadores de tutela, exigía dar un tratamiento jurídico a la situación planteada por el petente desde la perspectiva del derecho constitucional y no según el régimen de comunidad civil dispuesto para regular las relaciones entre comuneros.

9. El carácter de la decisión adoptada por la comunidad indígena de El Tambo el día 28 de diciembre de 1992, permite afirmar que en aquella ocasión se juzgó la conducta del petente por transgredir los parámetros de lo socialmente permitido en la comunidad indígena y por atentar contra sus bienes o intereses, sancionándolo con la privación, tanto a él como a su familia, de ciertos derechos y beneficios. En consecuencia, la decisión exhibe la naturaleza de un verdadero acto judicial mediante el que se impuso una sanción por la comisión de una conducta contraria a las normas internas de la comunidad y lesiva de sus intereses, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas por la Constitución a las autoridades de los pueblos indígenas, cuya validez depende de su conformidad con la Constitución y la ley (CP art. 246).

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL VS. VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

10. Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal. Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales.

Reflexiones como la de Agnes Heller conducen a rechazar el relativismo ético extremo. Para esta autora, el verdadero respeto de la diversidad cultural impone el respeto absoluto a los parámetros valorativos de las diversas culturas, y obliga a propender por un relativismo moderado en el que se admita la comparabilidad entre culturas bajo la fórmula de la tolerancia y el respeto de la especificidad cultural, salvo los casos en que esta encubra un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la vida, la integridad o la libertad de la persona. La necesidad de defender unos mínimos universales éticos que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones justifica la adopción de las Cartas Internacionales de Derechos Humanos que, según Bobbio, constituyen “la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores”.

11. La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos. En este sentido, el Convenio 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso mediante Ley 21 de 1991, establece:

“Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. La autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

A la luz de lo expuesto, debe la Sala entrar a examinar si el contenido y forma del acto por el que se expulsó al petente y a su familia de la comunidad indígena de El Tambo, vulneró sus derechos constitucionales fundamentales.

EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LA SANCION DE EXPULSION

12. Un límite constitucional explícito al ejercicio de la potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, lo constituye la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (CP art. 38). El actor acusa la decisión de la comunidad de violar esta prohibición.

Bajo una perspectiva antropológica, la pena de destierro comprende la sanción de extrañamiento de un miembro de la colectividad que conlleva la pérdida de su identidad cultural y la separación física del resto de la comunidad. Esta práctica de condenar al ostracismo al infractor de las normas internas de la comunidad es frecuente en las organizaciones sociales en las que la defensa de la colectividad prevalece sobre los derechos individuales.

La inclusión en las cartas de derechos internacionales de la prohibición de la pena del destierro es coetánea al surgimiento del Estado-Nación, por lo que política y jurídicamente el destierro viene a identificarse con la privación de la nacionalidad o de la patria, sanción que repugna a la concepción de los derechos humanos de estirpe individual. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 9o. que “nadie será arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país” (artículo 12). La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra que “nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo” (artículo 5o). En consecuencia, a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), la pena de destierro sólo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de Naciones. La expulsión del petente, en consecuencia, no vulneró la prohibición del destierro.

13. Se acusa igualmente la violación del artículo 38 de la Carta por parte del cabildo de la comunidad indígena al privar al peticionario de la parcela donde poseía diversos cultivos.

La confiscación supone la apropiación, a título de pena, por parte del Estado de parte o la totalidad de los bienes de una persona, sin el pago de contraprestación alguna. La privación arbitraria de la propiedad privada y su destinación al fisco nacional por decisión del Estado constituyen elementos necesarios de esta pena prohibida por la Carta. En la Asamblea Nacional Constituyente, se expresaron, entre otras razones, las siguientes, en las que se trasluce el franco repudio a esta modalidad de pena:

José María Samper, Francisco de Paula Pérez, Alvaro Copete Lizarralde y Luis Carlos SÁCHICA, coinciden, en términos generales con lo expresado por Jorge Enrique Gutiérrez Anzola: “por medio de la confiscación se adjudican los bienes de un reo al Tesoro Público. Con ella se busca apartar a los hombres del delito pero con el temor de dejar a su familia en la indigencia.

Así se impondría un doble castigo para el delincuente, extensivo a sus herederos, lo cual es inaceptable porque la sanción debe ser personal. Nuestra carta rechaza semejante pena constituyendo una garantía más de respeto a la propiedad. El Código Penal Colombiano señala todo un sistema de penas, naturalmente, sin incluir la confiscación.”

La pena de confiscación no puede ser impuesta por el Estado y, menos aún, por una comunidad indígena que, como lo expresa la Constitución, se gobierna por sus usos y costumbres siempre que ellos no pugnen con la Constitución y la ley imperativa (CP art. 330).

Si bien la propiedad de la cual puede ser titular una comunidad indígena tiene carácter colectivo, no escapa a esta Corte que en la medida en que sus usos y costumbres permitan el reconocimiento de mejoras efectuadas por sus miembros, la sanción consistente en la expulsión de uno de sus integrantes que, al mismo tiempo, signifique la pérdida absoluta de

aquéllas, equivale a la pena de confiscación constitucionalmente proscrita. En verdad, el sujeto pasivo de la sanción y su familia se verían expuestos a una situación de indigencia y de absoluto despojo, motivos que llevaron al Constituyente a señalar que en ningún caso dicha pena podría ser impuesta. Independientemente del sistema privado o colectivo conforme al cual se organice la producción y distribución de bienes, el régimen punitivo no puede contener sanciones que aparejen consecuencias tan extremas para el sujeto pasivo y su familia próxima, como las que provendrían de la pérdida absoluta de sus posibilidades de subsistencia -a través de formas de apropiación privada de la riqueza o de usufructo colectivo- pues, ellas, en últimas, configurarían materialmente una confiscación.

En el presente caso, como se señala más adelante, la prueba del reconocimiento de las mejoras efectuadas por el petente debe ser decidida por la justicia ordinaria y, por lo tanto, a ella le corresponde prevenir que una situación de iniquidad manifiesta se llegue a consumir, con la consecuente vulneración del artículo 38 de la Constitución.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y EJERCICIO DE LA JURISDICCION ESPECIAL

14. El derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas que la realizan según “sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley” (CP art. 246). Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción,

así como los derechos de defensa y contradicción. El desconocimiento del mínimo de garantías constitucionales para el juzgamiento y sanción equivale a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso.

El peticionario afirma que las imputaciones hechas y el juzgamiento realizado en su contra por el cabildo indígena violaron el artículo 29 de la Carta Política, por no ser precedidas de un procedimiento investigativo y estar basadas en meros rumores carentes de sustento probatorio. Agrega que las directivas indígenas amenazaron a los integrantes de la comunidad para que votaran afirmativamente su expulsión.

La anterior acusación contrasta con el hecho de que con anterioridad a la interposición de la acción de tutela, el petente se limitó a exigir el pago de mejoras para abandonar el territorio de la comunidad, no habiendo aducido arbitrariedad alguna en la toma de la decisión, como se desprende de la comunicación dirigida inicialmente por el actor al comité del Consejo Regional Indígena del Tolima, en la que solicitaba su mediación en el conflicto. Tampoco encuentra la Corte demostrado que al petente se le hubiera privado de la posibilidad de oponerse y contradecir las acusaciones elevadas en su contra en la sesión del 28 de diciembre de 1992. Menos credibilidad exhibe su versión, según la cual la decisión de expulsarlo no fue imparcial dadas las presiones y amenazas ejercidas por el gobernador sobre la comunidad indígena.

15. La conducta punible por la que el petente fue sancionado se relaciona con el hurto de cultivos, animales y productos agrícolas. La sanción impuesta por la comunidad indígena fue la de expulsarlo junto con su familia del territorio indígena. Según el afectado, las directivas no aceptaron su propuesta de ausentarse voluntariamente siempre y cuando permitieran que sus hijos permanecieran en la parcela a él adjudicada.

Esta Corporación ha sostenido reiteradamente que las sanciones impuestas al infractor deben guardar proporcionalidad con la conducta sancionada. Las autoridades jurisdiccionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad en el uso del poder sancionador atribuido por la Constitución o la ley. No obstante, este poder no es ilimitado, debe ser razonable y dejar intactos otros valores jurídicos protegidos por el ordenamiento.

La pena impuesta al peticionario involucró la expulsión de éste y de su familia de las tierras de la comunidad indígena, colocando a los integrantes de la familia en una situación económica y social de desventaja por sus circunstancias especiales. De esta forma, la pena trascendió a la persona del infractor y terminó por cobijar a los miembros de su familia, evidenciándose como desproporcionada y contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 5-2 establece que “la pena no puede trascender la persona del delincuente”, de manera que se deja a salvo el derecho a la integridad personal de quienes han sido ajenos al juzgamiento de conductas punibles cometidas por otro.

Ordinariamente la imposición de una pena, no obstante su individualización, puede materialmente afectar a terceros, ajenos a la infracción, y no por ello ésta deja de tener validez. La expulsión del miembro de una comunidad indígena como medida sancionatoria, sin embargo, tiene una particularidad que exige considerar sus efectos frente a su familia. Las secuelas de la pena, en este

caso, revisten mayor gravedad y fácilmente se traducen en punición para los miembros de la familia. Para ellos, la expulsión acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica; de otro lado, la consiguiente y forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone la alteración radical de su modo de vida y la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad. Desde el punto de vista de la comunidad indígena, la pérdida de miembros, vista su condición minoritaria, no contribuye a su objetiva conservación.

Las sanciones o penas colectivas son contrarias al principio de que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa ...” (CP art. 29). Adicionalmente, la ley penal se erige sobre el principio de responsabilidad individual, que supone el juzgamiento del acusado y el respeto del principio de presunción de inocencia, presupuestos esenciales del poder sancionatorio del Estado o de los particulares que excepcionalmente ejercen funciones jurisdiccionales. En consecuencia, la pena impuesta al peticionario se revela desproporcionada y materialmente injusta por abarcar a los integrantes de su familia, circunstancia que genera la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad física de sus hijos. La negativa de las directivas del cabildo indígena a aceptar la propuesta de asignar la parcela que trabajaba ANANIAS NARVAEZ a su hijo mayor carece de fundamento jurídico, hace más gravosa la situación del sancionado y priva irracionalmente a sus hijos de la única fuente de subsistencia, como lo muestra el hecho de que con posterioridad a su expulsión fue encontrado nuevamente en terrenos de la comunidad sustrayendo alimentos porque sus “hijos tenían hambre”. Esta situación no es consecuencia, como podría pensarse en forma simplista, de la propia conducta del peticionario, sino que se originó en la voluntad de las autoridades indígenas de resolver de plano el problema al expulsar a la familia del infractor. Por lo tanto, la pena de expulsión del petente y de su familia como consecuencia de los actos del padre vulneró el derecho al debido proceso, particularmente por trascender la persona del infractor. [notas de pie de página han sido omitidas]

b. El derecho a un medio ambiente sano.

Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo

(Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 de agosto de 1992.)

....

PRINCIPIO I

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen *derecho a una vida saludable* y productiva en armonía con la naturaleza. [resaltado es nuestro]

....

PRINCIPIO 10

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona debe tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deben facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Debe proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos (sic) el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

....

PRINCIPIO 14

Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.

PRINCIPIO 15

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

....

PRINCIPIO 20

Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible.

....

Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

....

Acción de Tutela -Sentencia No. T-405/93

Caso Comunidades Indígenas del Medio Amazonas

(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-405/93, 23 de septiembre de 1993, Actor: Comunidades Indígenas del Medio Amazonas, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara)

....

El derecho al ambiente sano se encuentra protegido, como ya se indicó, por medio de las acciones populares, que tienen procedencia en aquellos casos en los cuales la afectación de tal derecho vulnera un derecho constitucional o legal.

Como lo ha señalado de manera reiterada esta Corporación, esta regla general debe ser complementada con una regla particular de conexidad, según la cual, en aquellos casos en los cuales, de la vulneración del derecho a gozar del ambiente resulte igualmente vulnerado un derecho constitucional fundamental, procede la acción de tutela como mecanismo judicial de protección del derecho colectivo al ambiente. En estos casos, el juez, al analizar el caso concreto, deberá ordenar la tutela efectiva que se reclama.

Así pues, cuando la violación del derecho a un ambiente sano implica o conlleva simultáneamente un ataque directo y concreto a un derecho fundamental, como lo es en el presente asunto la vida y salud de la comunidad indígena del Medio Amazonas, se convierte la Acción de Tutela en el instrumento de protección de todos los derechos amenazados, por virtud de la mayor jerarquía que ostentan los derechos fundamentales dentro de la órbita constitucional.

Para determinar la conexidad entre el derecho al ambiente sano y el derecho fundamental, se debe recurrir, por parte del juez, al análisis del caso concreto. Es allí, donde él observa las circunstancias específicas del caso para apreciar el grado de afectación del derecho fundamental. En estos casos, la norma constitucional adquiere sentido jurídico cuando se interpreta a través de las circunstancias fácticas. Así, adquiere relevancia especial el análisis del caso y la apreciación judicial de acuerdo con los valores y principios constitucionales.

En consecuencia, la acción de tutela no es procedente para obtener de manera autónoma la protección de derechos colectivos como el ambiente, pues aquella procede para obtener el amparo específico de los derechos constitucionales fundamentales y no el de otros derechos que, como los colectivos, deben perseguirse judicialmente por virtud del ejercicio de las acciones populares en los términos de su regulación legal, salvo las hipótesis de su protección indirecta o consecuencial como la amenaza del derecho fundamental a la vida y a la salud de la comunidad indígena y pobladores del Araracuara.

El derecho constitucional colectivo puede en algunos casos, vincularse con la violación de otro derecho constitucional de rango fundamental como la vida o la salud. Por lo tanto, determinar cuál de los dos mecanismos de protección -la acción de tutela o las acciones populares-, debe aplicarse, es el fundamento de la labor del juez de tutela en cada caso concreto.

Los requisitos que se exigen para la protección del derecho a un ambiente sano a través de la acción de tutela, son los siguientes:

a) Que el peticionario de la acción de tutela sea la persona directa o realmente afectada y exista prueba sobre la vulneración o amenaza. Este requisito es doble: se exige la prueba de que el peticionario es afectado y la prueba de la vulneración del derecho. En cuanto a lo primero, al sentir de la Corte se da la afectación para la Comunidad Indígena del Medio Amazonas y las personas que habitan en sus cercanías “la amenaza que corren sus vidas y su salud” por los elementos contaminantes de las fuentes de agua que se encuentran localizadas donde operan las bases militares del Araracuara y que nutren a la población. En cuanto a lo segundo, el artículo

86 de la Constitución establece que la acción de tutela procede cuando exista vulneración (que es el efectivo menoscabo que sufre el derecho fundamental) o amenaza (que es la expectativa real de la ocurrencia del daño, lo que debe ser analizado en cada caso concreto) del derecho fundamental; amenaza que en el presente asunto se verificó durante la diligencia de inspección ocular.

Para esta Sala de Revisión, pues, la amenaza en este caso particular se encuentra más que probada y es real. En materia constitucional, la amenaza se configura con la potencialidad del daño que puede sufrir la peticionaria, es decir la Comunidad Indígena del Medio Amazonas al igual que para la población del Araracuara. Se trata, entonces, de la inminente amenaza que viven a diario los habitantes del corregimiento del Araracuara por las enfermedades que sufren y pudieren llegar a padecer como consecuencia de la contaminación de las fuentes y manantiales de agua por parte de los militares que operan el radar de la Fuerza Aérea en el aeropuerto de Araracuara. Además, como se indicó, se conoció durante la diligencia de inspección ocular acerca de la epidemia de diarrea que padecen principalmente los niños indígenas del Araracuara, la cual es producida por las bacterias y demás microbios provenientes de la contaminación de las aguas.

Si se analiza la contaminación del ambiente bajo la óptica constitucional, el concepto de amenaza del derecho fundamental a la vida adquiere un sentido diferente. En materia constitucional, la garantía del derecho a la vida incluye en su núcleo conceptual la protección contra todo acto que amenace dicho derecho en forma inmediata.

En conclusión, la contaminación de las aguas constituye una amenaza del derecho fundamental a la vida y a la salud, por la aparición de graves enfermedades que no sólo ponen en peligro y afectan gravemente la salud de los habitantes del sector, sino que además pueden conducir incluso a la muerte de las personas afectadas.

b) La existencia de un nexo de causalidad entre el motivo alegado y el daño o la amenaza. El segundo requisito, referente al nexo de causalidad que debe existir entre la amenaza del derecho fundamental y la situación que lo origina, se desprende de lo anterior, pues existe un alto porcentaje de posibilidad de aparición de enfermedades letales en las personas que habitan en el corregimiento del Araracuara.

Así pues, para esta Corporación existe nexo causal o relación de necesidad entre la contaminación de las fuentes de agua que nutren la población del Araracuara y la amenaza a la vida y a la salud de los habitantes del lugar.

Finalmente, la Sala encuentra que ante la situación descrita, no existe otro medio de defensa judicial para la protección del derecho que la acción de tutela. Existen sí, otros mecanismos administrativos, como las acciones previstas en el Código de Recursos Naturales Renovables, pero como no son judiciales no excluyen la tutela.

Por lo tanto, se dan en el caso concreto que se revisa, los requisitos necesarios para que proceda la acción de tutela: la amenaza de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la Comunidad Indígena del Medio Amazonas ante la contaminación de las aguas que en forma causal amenazan dicho derecho, y la no existencia de otro medio judicial de defensa. [notas de pie de página han sido omitidas]

....

c. Tendencias contemporáneas en la protección de los derechos ambientales.

Comentario

Los siguientes casos ilustran la forma en que un tribunal interno (la Corte Constitucional Colombiana) y un tribunal internacional (la Corte Europea de Derechos Humanos) aplican las garantías fundamentales para la protección de los derechos relacionados con el medio ambiente. Es importante señalar que en el ámbito internacional no existen normas ambientales específicamente aplicables por los tribunales internacionales de derechos humanos. Sin embargo, dichos tribunales fundamentan sus decisiones en forma creativa recurriendo a garantías tales como el derecho a la vida, la salud o la protección judicial, las cuales generalmente se ven afectadas en casos relacionados con el medio ambiente.

Acción de Tutela -Sentencia No. T-254/94
Caso Organización Indígena de Antioquia (O.I.A.)

*(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-380/93, 13 de septiembre de 1993, Actor:
Organización indígena de Antioquia (O.I.A.), Magistrado Ponente:
Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)*

. . . .

Por otra parte, el deber estatal de conservar las áreas de especial importancia ecológica supone un manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en zonas de selva húmeda tropical (CP art. 79) y en los territorios indígenas (CP art. 330), diferente al concedido a la explotación de recursos naturales en otras áreas, siempre bajo el parámetro de su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

11. La importancia del bosque húmedo tropical para la existencia del género humano -pulmón de la humanidad- contrasta con su fragilidad. Esta realidad ha sido motivo de preocupación internacional desde hace varios años. Recientemente la Organización de las Naciones Unidas proclamó la "Carta de la tierra" o "Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo", que en su artículo 22 establece: "Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar porque participaran efectivamente en el logro del desarrollo sostenible".

En la misma dirección, el Convenio Internacional sobre Diversidad Biológica propone a las partes contratantes el compromiso de establecer áreas protegidas para promover la protección de los ecosistemas -complejos dinámicos de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y de su medio no viviente que interactúan como unidades funcionales- y los ambientes naturales -lugar o espacio en el que existe naturalmente un organismo o una población-.

El ordenamiento constitucional colombiano ha recogido ampliamente la preocupación originada en la amenaza creciente que la acción deforestadora tiene sobre los ecosistemas. Esta no sólo ocasiona la extinción de numerosas especies de flora y fauna, alterando los ciclos hidrológicos y climáticos de vastas regiones, sino que resta oportunidades de supervivencia a los pueblos indígenas de las selvas húmedas tropicales, cuyo sistema de vida -infravalorado por la cultura occidental por generar escasos excedentes para la economía y operar eficientemente sólo con bajas concentraciones humanas- garantiza la preservación de la biodiversidad y las riquezas culturales y naturales.

12. El reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los resguardos (CP art. 329) en favor de las comunidades indígenas comprende a la propiedad colectiva de éstas sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio. Lejos de usurpar recursos de la Nación, el acto de disposición de bienes baldíos para la constitución de resguardos indígenas es compatible con el papel fundamental que estos grupos humanos desempeñan en la preservación del medio ambiente. La prevalencia de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades sobre la

explotación de los recursos naturales en sus territorios -la que sólo es posible si media la autorización previa del Estado (CP art. 80) y de la comunidad indígena (CP art. 330)-, se erige en límite constitucional explícito a la actividad económica de la explotación forestal.

En este orden de ideas, mal pueden los apoderados de MADARIEN apelar a una lectura parcial del artículo 42 del Código Nacional de Recursos Naturales, para desconocer el derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales renovables que se encuentran en territorio de sus resguardos. Derecho colectivo que debe en todo caso ejercerse dentro de los límites constitucionales y legales necesarios para preservar el medio ambiente (CP arts. 8, 79, 80, 333, 334) y los recursos naturales renovables (D. 2811 de 1974, arts. 202 y ss.).

13. El derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga una facultad omnímoda a los representantes de las respectivas comunidades indígenas para disponer libremente de ellos. La autonomía de las autoridades indígenas en el manejo de sus propios asuntos, en especial respecto del aprovechamiento de los recursos naturales (CP art. 330), debe ser ejercida con plena responsabilidad (CP art. 95-1). En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina *ultra vires* frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante.

....

15. En lo que concierne al abuso de posiciones de fuerza por parte de particulares que aprovechan la inacción de las autoridades públicas titulares de funciones de conservación y defensa del medio ambiente, esta Corporación se pronunció recientemente en los siguientes términos:

“Tratándose de normas sobre medio ambiente y sanitarias que representan limitaciones legales para la empresa y la iniciativa económica, en aras del bien común (salud pública) y del medio ambiente (calidad de vida), la omisión del ejercicio de las competencias por parte de las autoridades administrativas o su deficiente desempeño, puede exponer a las personas a sufrir mengua en sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y al medio ambiente sano. Ciertamente la resignación de las competencias administrativas se traduce en abrir la vía para que los peligros y riesgos, que en representación de la sociedad deberían ser controlados y manejados por la administración apelando a su amplio repertorio competencial, se ciernan directamente sobre los administrados amenazando en muchos casos sus derechos constitucionales. Adicionalmente, la omisión o negligencia administrativa, rompe los equilibrios que el Constituyente ha querido establecer mediante la consagración positiva de los principios de calidad de vida y desarrollo sostenible, abandonando al hombre y al ambiente a la completa instrumentación y sojuzgamiento por la razón ilimitadamente expansiva del capital, cuyos límites en la práctica son removidos por aquella causa. En estas circunstancias, cancelada o debilitada la barrera de las autoridades administrativas y de la correcta aplicación de un cuerpo específico de normas protectoras, los particulares,

diferentes de la empresa beneficiada y de sus beneficiarios reales que ante la ausencia de límites aumentan su poder, quedan respecto de éstos en condición material de subordinación e indefensión. Ante esta situación de ruptura de la normal relación de igualdad y de coordinación existente entre los particulares, la Constitución y la ley (CP art. 86 y D. 2591 de 1991, art. 42, num. 4 y 9), conscientes del peligro de abuso del poder privado, en este caso además ilegítimo, les conceden a las personas que pueden ser afectadas por el mismo la posibilidad de ejercer directamente la acción de tutela para defender sus derechos fundamentales susceptibles de ser violados por quien detenta una posición de supremacía. Es claro para esta Sala que la inacción y la negligencia de la administración, encargada de aplicar y administrar las normas legales, entre otras graves consecuencias, genera y expande supremacías y poderes privados, a la par que aumenta la indefensión de amplios sectores sociales. Definitivamente es él expediente eficaz de un género perverso de distribución del poder social."

16. Si bien la referencia anterior también describe la relación de fuerzas existente entre las partes en el presente caso, que corresponde a la destrucción del medio ambiente por obra de particulares guiados por un designio lucrativo y favorecidos por la pasividad de las autoridades públicas, es de anotar que pese a ser procedente la tutela contra el beneficiario real de esta situación (D. 2591 de 1991, art. 42-4), la orden a impartir para proteger los derechos fundamentales supone necesariamente que la acción particular continúe ejecutándose.

Para esta Sala es indiscutible que la devastación de parte de la riqueza forestal del resguardo de la comunidad indígena tuvo ocurrencia en el pasado y, como tal, produjo un daño consumado al ecosistema cuyos efectos se prolongan en el tiempo. Ese pronunciamiento sin embargo debe provenir de una sentencia judicial proferida luego de que se surta el respectivo procedimiento, en el que, con audiencia de todas las partes, se ventilen y controviertan los extremos de la responsabilidad y se determine la condena indemnizatoria a que haya lugar.

17. No sucede lo mismo respecto del sujeto público demandado toda vez que la omisión en el cumplimiento de sus funciones legales puede representar una amenaza actual de los derechos fundamentales.

Es obligación del Estado proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (CP art. 8), entre ellas la diversidad e integridad del ambiente (CP art. 79). Con tal fin se adoptó como principio fundamental de política económica la planeación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (CP art. 80) y la intervención estatal en la economía para propender la preservación de un medio ambiente sano (CP art. 334). En la ejecución de estas directrices, el Estado tiene, entre otras funciones, las de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (CP art. 80).

El incumplimiento de la función de vigilancia ambiental por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo el cuidado y la preservación del medio ambiente propicia los abusos de particulares en la explotación de los recursos naturales. Esta situación puede verse agravada si luego de ocasionado un daño forestal el Estado no actúa oportunamente para prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (CP art. 80). La omisión de la función estatal de restauración del medio

ambiente gravemente alterado mantiene la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo es materia de la presente acción de tutela. [notas de pie de página han sido omitidas]

....

Caso López Ostra

(Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 9 de diciembre de 1994 en: Susana Albanese, Derechos Humanos: Estudio de Casos y Opiniones Consultivas (1997))

....

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

A) Génesis del asunto

7.La ciudad de Lorca aglutina una fuerte concentración de industrias de cuero. Algunas fábricas de curtidos que se habían instalado en dicha zona, en el seno de una sociedad anónima denominada SACURSA , construyeron sobre terrenos pertenecientes al municipio y con una subvención del Estado una estación depuradora de aguas y de residuos que se hallaba a doce metros del domicilio de la demandante.

8.La estación comenzó sus actividades en julio de 1988 sin haber obtenido la previa licencia del ayuntamiento, tal como exige el artículo 6 del Reglamento de 1961 sobre actividades clasificadas como molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (el Reglamento de 1961-), y sin haber seguido el procedimiento establecido al efecto (párrafo 28, a continuación).

Su puesta en funcionamiento causó emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminación (debidos a su mal funcionamiento) que provocaron inmediatamente trastornos para la salud y perjuicios a numerosos habitantes de Lorca, especialmente a los del barrio de la demandante. El ayuntamiento evacuó a los residentes de este barrio y los alojó gratuitamente en el centro de la ciudad durante los meses de julio, agosto y septiembre de 1988. En octubre, la demandante y su familia volvieron a su apartamento: en él vivieron hasta febrero de 1992 (párrafo 28, a continuación).

9.El 9 de noviembre de 1988, tras numerosas denuncias y a la vista de los informes de las autoridades sanitarias y de la Agencia para el Medio Ambiente y la Naturaleza de la región de Murcia, el Ayuntamiento ordenó el cese de una de las actividades de la estación, la decantación de residuos químicos y orgánicos en lagunajes, manteniendo la depuración de aguas residuales contaminadas de cromo.

Los efectos de este paro parcial de las actividades resultan controvertidos, pero de los informes periciales y de los testimonios escritos de los años 1991, 1992 y 1993, practicados ante la Comisión por el Gobierno y la demandante (párrafos 18-20 a continuación), se desprende que todavía persisten actividades molestas, que pueden constituir un peligro para la salud de los vecinos.

....

I. SOBRE LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES DEL GOBIERNO

A) Sobre la excepción derivada del no agotamiento de las vías internas de recurso

35.El Gobierno sostiene, al igual que hizo ante la Comisión, que la señora López Ostra no agotó las vías internas de recurso. El recurso especial para la protección de los derechos fundamentales elegido por ella (párrafos 10-15 y 24-25 supra) no sería el medio adecuado para plantear cuestiones de legalidad ordinaria y controversias de orden científico sobre los efectos de una estación depuradora. En efecto, se trataría de un procedimiento preferente y sumario para dar solución a violaciones manifiestas de derechos fundamentales, y la administración de las pruebas se vería reducida.

En cambio, la interesada tendría que haber utilizado la vía penal y la vía administrativa ordinaria, las cuales han demostrado su eficacia en circunstancias similares. Así, por los mismos hechos, sus cuñadas entablaron un procedimiento ordinario en abril de 1990, y mas tarde acudieron a la vía penal el 13 de noviembre de 1991. Los Tribunales competentes ordenaron el cierre de la estación desde el 18 de septiembre y el 15 de noviembre de 1991 respectivamente, si bien la ejecución de estas decisiones ha quedado suspendida en razón de los recursos de apelación presentados por el Ayuntamiento y por el Ministerio Público (párrafos 16 y 17 supra). El 27 de octubre de 1993 la estación fue cerrada por mandamiento del Juez penal, pero los dos procedimientos se hallan todavía pendientes ante los Tribunales españoles. Si el Tribunal Europeo se pronunciase en este asunto, como lo ha hecho la Comisión en su informe, sobre la base de los documentos aportados por las partes y relativos a los citados procedimientos, su decisión prejuzgaría el resultado de los mismos.

36.El Tribunal estima, al contrario, con la Comisión y la demandante, que el recurso especial para la protección de los derechos fundamentales que esta ultima interpuso ante la Audiencia Territorial de Murcia (párrafo 10 supra) constituía un medio eficaz y rápido para satisfacer las denuncias relativas a los derechos al respeto de su domicilio y de su integridad física. Tanto más cuanto que el citado recurso hubiera podido producir el efecto querido por la demandante, es decir, el cierre de la estación depuradora. Por otra parte, el Ministerio Público había concluido ante las dos instancias jurisdiccionales que conocieron del fondo del asunto (La Audiencia Territorial de Murcia y el Tribunal Superior párrafos 11 y 13 supra) que había que estimar el recurso de la interesada.

37.Respecto a la necesidad de esperar el desenlace de los dos procedimientos entablados por las cuñadas de la señora López Ostra ante las instancias jurisdiccionales ordinarias (administrativas y penales), el Tribunal hace notar con la Comisión que la demandante no es parte en dichos

procedimientos. Por lo demás, el objeto de estos no coincide completamente con el del recurso para la protección de los derechos fundamentales y por tanto, de la demanda en Estrasburgo, pese a que esos procedimientos pudieran conducir al resultado querido. En efecto, el procedimiento administrativo ordinario se refiere, en particular, a otra cuestión, cual es la ausencia de autorización municipal para la instalación y el funcionamiento de la estación. De la misma forma, el problema de la eventual responsabilidad penal de SACURSA por un posible delito ecológico difiere del de la inactividad del Ayuntamiento, o de otras autoridades nacionales competentes, en lo que respecta a las actividades molestas causadas por la estación controvertida.

38. Queda por saber, en fin, si la interesada debía entablar uno u otro de los dos procedimientos en cuestión para agotar las vías internas de recurso. El Tribunal de nuevo aquí señala su acuerdo con la Comisión. La demandante, al haber utilizado un recurso eficaz y pertinente en relación a la violación que denuncia, no estaba obligada a intentar igualmente otros recursos, menos rápidos.

Por consiguiente, ha ofrecido a las instancias jurisdiccionales de su país la oportunidad que el artículo 26 del Convenio brinda a los Estados Contratantes con la finalidad de que actúen ellos primero para corregir las vulneraciones de derechos alegadas contra ellos (ver, entre otras, las sentencias De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica de 18 de Junio de 1971, Serie A número 12, página 29, párrafo 50: y Guzzardi contra Italia de 6 noviembre de 1980, Serie A número 39, página 27, párrafo 72).

39. En consecuencia, rechaza la excepción.

B) Sobre la excepción derivada del defecto de la calidad de víctima

40. El Gobierno plantea una segunda excepción ya presentada ante la Comisión. Admite que la señora López Ostra, como por lo demás el resto de habitantes de Lorca, ha sufrido graves perjuicios provocados por la estación hasta el 9 de septiembre de 1988, fecha del paro parcial de las actividades de esta última (párrafo 9 *supra*). Sin embargo, incluso suponiendo que olores o ruidos -no excesivos- hayan podido continuar después de esta fecha, la interesada habría perdido en este tiempo la calidad de víctima: desde febrero de 1992, la familia López Ostra había sido alojada en un apartamento del centro de la ciudad con cargo al municipio y, más tarde, en febrero de 1993, se trasladó a una casa comprada por la familia (párrafo 21 *supra*). En todo caso, el cierre de la estación en octubre de 1993 habría puesto fin a todo perjuicio, de manera que a partir de ese momento ni la demandante ni sus próximos sufrirían los pretendidos efectos indeseables del funcionamiento de la citada estación.

41. En la audiencia, el delegado de la Comisión destacó que la decisión del Juez de instrucción de 27 de octubre de 1993 (párrafo 22 *supra*), no le hace perder su calidad de víctima a una persona a la que las condiciones medioambientales han forzado a abandonar su domicilio y, después, a comprar otra casa.

42.El Tribunal comparte esta opinión.

Ni el traslado de la señora López Ostra ni el cierre todavía provisional (párrafo 22 *supra*)-de la estación depuradora reparan el hecho de que la interesada y los miembros de su familia han vivido años a doce metros de un depósito de olores, ruidos y humos.

Sea como fuere, si la demandante podía ahora volver a su antigua vivienda tras la decisión de cierre, ello sería un elemento a tener en cuenta para el cálculo del perjuicio que ha sufrido, pero no la privaría de la calidad de víctima (ver entre otras muchas, las *sentencias Marckx contra Bélgica* de 13 de junio de 1979, Serie A número 31, páginas 13-14, párrafo 27; e *Inze contra Austria* de 28 de octubre de 1987, Serie A número 126, página 16, párrafo 32).

43. Por consiguiente, la excepción se revela carente de fundamento.

II. SOBRE LA VIOLACION ALEGADA DEL ARTICULO 8 DEL CONVENIO

44.La señora López Ostra alega en primer lugar una violación del artículo 8 del Convenio, cuya redacción es la siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

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

La Comisión comparte esta opinión, que el Gobierno rebate.

45.El Gobierno hace notar que la denuncia hecha valer ante la Comisión y admitida por ella (párrafo 30 y 31 *supra*) no coincide con la que los Tribunales españoles examinaron en el marco del recurso para la protección de los derechos fundamentales, pues se basaría en afirmaciones, informes médicos y dictámenes técnicos posteriores a dicho recurso y totalmente extraños al mismo.

46.Semejante argumento no convence al Tribunal. La demandante criticaba una situación que se había prolongado en razón de la inactividad del Ayuntamiento y de las demás autoridades competentes. Dicha inactividad constituía uno de los elementos esenciales de las denuncias presentadas ante la Comisión, así como del recurso ante la Audiencia Territorial de Murcia (párrafo 10 *supra*). Que esa inactividad haya continuado tras el sometimiento del caso a la Comisión y su decisión sobre la admisibilidad, no podría ser utilizado en contra de la interesada. El Tribunal puede tener en cuenta hechos posteriores a la introducción de la demanda e incluso a la adopción de la decisión sobre la admisibilidad cuando se trata de una situación llamada a perdurar (ver, en primer

lugar, la sentencia Neumetster contra Austria de 27 de junio de 1968, Serie A número 8, página 21, párrafo 28, y página 38, párrafo 7).

47. La señora López Ostra mantiene que a pesar del paro parcial de las actividades de la estación el 9 de septiembre de 1988, ésta ha continuado desprendiendo humos, ruidos repetitivos y fuertes olores, que han hecho insoportable el marco de vida de su familia y han provocado en ella misma y en sus próximos serios problemas de salud. Alega, a este respecto, una violación del derecho al respeto de su domicilio.

48. El Gobierno contesta la realidad y la gravedad de la situación descrita (párrafo 40 *supra*).

49. Apoyándose en informes médicos y dictámenes suministrados tanto por el Gobierno como por la demandante (párrafo 18-19 *supra*), la Comisión ha comprobado, en particular, que las emanaciones de sulfuro de hidrógeno procedentes de la estación superaban el umbral autorizado, y que podían acarrear un peligro para la salud de los habitantes de las viviendas próximas y, en suma, que podía existir en ello un nexo de causalidad entre las citadas emanaciones y las afecciones que sufría la hija de la demandante.

50. Según el Tribunal, estas comprobaciones no hacen sino confirmar el primer informe pericial sometido el 19 de enero de 1989 a la Audiencia Territorial por la Agencia Regional para el Medio Ambiente y la Naturaleza, en el marco del recurso para la protección de los derechos fundamentales intentado por la señora López Ostra. El Ministerio Público apoyó dicho recurso tanto en primera como en segunda instancia (párrafos 11 y 13 *supra*). La misma Audiencia Territorial admitió que las actividades molestas objeto de litigio, sin constituir un peligro grave para la salud, causaban un deterioro de la calidad de vida de los vecinos, deterioro que sin embargo no era suficientemente serio como para constituir una infracción de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (párrafo 11 *supra*).

51. Por tanto, ni que decir tiene que atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del goce de su domicilio de manera nociva para su vida privada y familiar, sin por ello poner en grave peligro la salud de la interesada.

Tanto si se aborda la cuestión desde el punto de vista de una obligación positiva del Estado -adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo en virtud del apartado 1 del artículo 8, como postula la demandante en su caso, como desde la perspectiva de una "injerencia de una autoridad pública", que hay que justificar según el apartado 2, los principios aplicables son bastante próximos. En ambos casos, hay que considerar el justo equilibrio a ponderar entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto, sabiendo que el Estado goza en cualquier hipótesis de un cierto margen de apreciación. Además, incluso en relación a las obligaciones positivas que resultan del apartado 1, los objetivos enumerados en el apartado 2 pueden jugar un cierto papel en la búsqueda del equilibrio querido (ver, en particular, las sentencias *Rees contra Reino Unido* de 17 de octubre de 1986, Serie A número 106, página 15, párrafo 37, y *Powell y Ratner contra el Reino Unido* de 21 de febrero de 1990, Serie A número 172, página 18, párrafo 41).

52.De las actuaciones se desprende que la estación depuradora controvertida fue construida en julio de 1988 por SACURSA para resolver un grave problema de contaminación que existía en Lorca a causa de la concentración de industrias de curtidos. Ahora bien, desde su entrada en funcionamiento, ha provocado molestias y problemas de salud a numerosas habitantes (párrafos 7 y 8 *supra*).

Ciertamente, las autoridades españolas, y particularmente el Ayuntamiento de Lorca, no eran en principio directamente responsables de las emanaciones de que aquí se trata. Sin embargo, como señala la Comisión, el Ayuntamiento permitió la instalación de la estación en terrenos que le pertenecían y el Estado otorgó una subvención para su construcción (párrafo 7 *supra*).

53.El Ayuntamiento actuó con celeridad alojando gratuitamente en el centro de la ciudad a los residentes afectados durante los meses de julio, agosto y septiembre de 1988, y más tarde haciendo cesar una de las actividades de la estación a partir del 9 de septiembre (párrafos 8 y 9 *supra*). No obstante, sus miembros no podían ignorar que los problemas medioambientales persistirían tras este cese parcial (párrafos 9 y 11 *supra*). Esto, por lo demás, fue corroborado a partir del 19 de enero de 1989 por el Informe de la Agencia Regional para el Medio Ambiente y la Naturaleza, y posteriormente confirmado por peritos en 1991, 1992 y 1993 (párrafos 11 y 18 *supra*).

54.Según la señora López Ostra, los poderes generales de policía, atribuidos al municipio por el Reglamento de 1961, obligaban a dicho municipio a actuar. Además, la estación no reunía las condiciones requeridas por la ley en particular en lo relativo a su emplazamiento y a la ausencia de licencia municipal (párrafos 8, 27 y 28 *supra*).

55.Sobre este punto, el Tribunal recuerda que la cuestión de la legalidad de la instalación del funcionamiento de la estación sigue pendiente ante el Tribunal Supremo desde 1991 (párrafo 16 *supra*).

Ahora bien, según su Jurisprudencia constante, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, y especialmente a los Juzgados y Tribunales. Interpretar y aplicar el Derecho interno (ver, entre otras, la sentencia Casado Coca contra España de 24 de febrero de 1994. Serie A número 285-A, página 18. párrafo 43).

De todas formas, el Tribunal estima que en el caso presente, hasta que se averigüe si incluso suponiendo que el Ayuntamiento haya satisfecho las tareas que le incumbían según el Derecho interno aplicable (párrafos 27-28 *supra*), las autoridades nacionales han adoptado las medidas necesarias para proteger el derecho de la demandante al respeto de su domicilio así como de su vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 (ver, entre otras, *mutatis mutandis*, la sentencia X e Y contra Países Bajos de 26 de marzo de 1985, Serie A número 91, página 11, párrafo 23).

56.Procede declarar que el Ayuntamiento no sólo no ha adoptado tras el 9 de septiembre de 1988 medidas encaminadas al fin citado, sino que además se ha opuesto a decisiones judiciales que se pronunciaban en ese sentido. Así, en el procedimiento ordinario entablado por las cuñadas de la señora López Ostra, el Ayuntamiento interpuso recurso de apelación contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 18 de septiembre de 1991 ordenando el cierre provisional de la estación, de tal suerte que esta medida quedó en suspenso (párrafo 16 *supra*).

Otros órganos del Estado también han contribuido a prolongar la situación. Así, el Ministerio Público atacó, el 19 de noviembre de 1991, la decisión de cierre provisional tomada por el Juez de instrucción de Lorca el 15, en el marco de las diligencias iniciadas por delito ecológico (párrafo 7 *supra*), pese a que la medida no se ejecutó hasta el 27 de octubre de 1993 (párrafo 22 *supra*).

57.El Gobierno recuerda que el Ayuntamiento ha asumido los gastos de alquiler de un apartamento en el centro de Lorca, que la demandante y su familia ocuparon desde el 1 de febrero de 1992 hasta febrero de 1993 (párrafo 21 *supra*).

El tribunal observa, no obstante, que los interesados han debido sufrir durante más de tres años las actividades molestas causadas por la estación, antes de mudarse de casa, con los inconvenientes que esto comporta. Sólo se trasladaron cuando la situación se reveló de tal envergadura que podía prolongarse indefinidamente y bajo prescripción del pediatra de la hija de la señora López Ostra (párrafos 16, 17 y 19 *supra*). En esas condiciones, la oferta del Ayuntamiento no podía borrar completamente las actividades molestas y los inconvenientes vividos.

58.Teniendo en cuenta lo que precede y pese al margen de apreciación reconocido al Estado demandado, el Tribunal estima que éste no ha sabido establecer un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca -de disponer de una estación depuradora- y el goce efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar.

Por tanto, ha habido una violación del artículo 8.

III. SOBRE LA VIOLACION ALEGADA DEL ARTICULO 3 DEL CONVENIO

59.Según la señora López Ostra, los hechos reprochados al Estado demandado revisten una tal gravedad y han suscitado en ella tal angustia que pueden razonablemente considerarse como tratos degradantes prohibidos por el artículo 3 del Convenio, cuyo tenor liberal es el siguiente:

"Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

El Gobierno y la Comisión consideran que no ha habido violación de esta disposición.

60.Esta es también la opinión del Tribunal. Las condiciones en las que la demandante y su familia vivieron durante algunos años fueron ciertamente muy difíciles, pero no constituyen un trato degradante en el sentido del artículo 3.

....

* * * * *

APENDICE I

MATERIALES PRACTICOS

Página en blanco a propósito

Ejercicio práctico N° 1

Caso hipotético

1. El día 30 de mayo de 1997 se llevarán a cabo las elecciones presidenciales en la República de Liberta. El 1 de marzo de 1997, el medio de comunicación gráfico “El Implacable” publica una información relacionada con el Dr. José Cortina que consiste en lo siguiente:

“Durante su gestión gubernamental, el ahora ex Ministro de Cultura y Educación Pública Dr. José Cortina se valió de su función pública para obtener ilegítimamente ventajas económicas que no sólo abultaron sus cuentas bancarias privadas, sino que también sirvieron para subsidiar la campaña electoral del partido oficialista en las próximas elecciones legislativas. Fuentes anónimas que se allegaron a “El Implacable” describieron en detalle estas operaciones criminales que serán presentadas en sucesivas notas editoriales”.

2. El Dr. José Cortina, invocando su calidad de ciudadano, solicita al medio gráfico “El Implacable” que se le conceda un espacio en aquel medio de comunicación para ejercer su derecho a la rectificación y respuesta. El Dr. José Cortina es ex Ministro de Cultura y Educación Pública del Gobierno Nacional y Vicepresidente del partido político “Fuerza de Avance”, al que pertenece el actual presidente de Liberta.

3. “El Implacable” se niega a conceder la solicitud del Dr. Cortina alegando que no puede otorgarle a toda persona que lo solicita un espacio en su publicación. En consecuencia, el Dr. José Cortina interpone la acción judicial correspondiente para que se le reconozca el derecho a réplica y se obligue a “El Implacable” a hacerlo efectivo. El juez del caso deniega la acción, la cual es confirmada en apelación.

4. Ante la imposibilidad del Dr. José Cortina de ejercer su derecho a réplica, el Licenciado Amador Telodigo, Ministro de Comunicaciones y presidente del partido político “Fuerza de Avance”, expide el Decreto No. 111/01 del 30 de marzo de 1997 que establece en su parte dispositiva:

Toda información relacionada con Ministros o ex Ministros del Poder Ejecutivo Nacional durante los treinta (30) días inmediatamente anteriores a las elecciones presidenciales, deberá ser presentada ante un “Comité de Revisión” creado al efecto mediante el presente Decreto, para que éste, previo estudio de la información, acuerde con el medio de comunicación respectivo los términos de la publicación.

5. El Decreto es expedido en ejercicio de las limitaciones del artículo 15 de la Constitución Nacional, que establece:

Artículo 15: Toda persona tiene el derecho a la libertad de pensamiento y expresión. El ejercicio de dicho derecho podrá limitarse por razones de seguridad nacional, orden público, salud pública y moral, así como para garantizar el ejercicio de otros derechos fundamentales contemplados en la Constitución.

6. El día 20 de mayo de 1997, el medio de comunicación “El Implacable” decide continuar con una serie de publicaciones relacionadas con el desempeño en la función pública del Dr. José Cortina, ex Ministro de Cultura y Educación Pública. El Dr. Cortina, sin embargo, prevenido de tal publicación, solicita a un órgano administrativo que aplique el Decreto 111/01 y, en consecuencia, que suspenda la publicación. La nota es suspendida y remitida al “Comité de Revisión” creado por el Decreto 111/01, quien inmediatamente invita a un representante de “El Implacable” a acordar los términos de la publicación.

7. Ante estos hechos, “El Implacable” interpone una acción de amparo solicitando la declaración de inconstitucionalidad del Decreto por imponer la censura previa, y reclamando el derecho de publicar inmediatamente el artículo periodístico. Esta acción es rechazada por el juez de primera instancia, decisión que resulta confirmada en apelación.

8. La Constitución de Liberta no contempla la prohibición de la censura previa; tampoco contempla el derecho a réplica. Sin embargo, la Constitución consagra en el artículo 9 el derecho a la honra y a la dignidad de las personas. El país ha ratificado la Convención Americana cinco años antes de ocurridos los hechos.

Usted es miembro del Tribunal Constitucional de Liberta y debe resolver:

1. El recurso interpuesto por el Dr. José Cortina contra la decisión del tribunal de segunda instancia denegando el reclamo de que se le reconozca el derecho a réplica y se obligue a “El Implacable” a hacerlo efectivo.
2. El recurso interpuesto por “El Implacable”, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del Decreto No. 111/01 por imponer la censura previa, y reclamando el derecho de publicar inmediatamente el artículo periodístico

Con el grupo que le corresponda resuelva los temas fundamentales del caso y prepare un breve documento que refleje la posición jurídica del grupo teniendo en cuenta las siguientes variables:

- a. La Convención Americana tiene rango constitucional en Liberta
- b. La Convención Americana tiene rango legal en Liberta
- c. La Convención Americana tiene rango supralegal en Liberta

Si no hay consenso en el grupo, el participante correspondiente puede presentar su opinión separada o “disidente”.

Las siguientes preguntas servirán de guía para la discusión del grupo:

- a. ¿Puede un juez nacional aplicar directamente disposiciones de un tratado internacional a un caso concreto?
- b. ¿Pueden los miembros de la judicatura comprometer la responsabilidad internacional del Estado con sus actuaciones judiciales?
- c. En el caso de que un miembro de la judicatura aplicara una norma que contraviene un tratado internacional ¿cuál considera usted que es el órgano que genera la responsabilidad internacional del Estado: el organismo que expidió la norma o el que la aplicó?
- d. ¿Existen circunstancias diferentes a las contempladas en el Artículo 13 (4) en virtud de las cuales puede autorizarse la censura previa? Si contesta afirmativamente, ¿en qué condiciones considera usted que podría autorizarse la censura previa? Si contesta negativamente, explique su respuesta aludiendo al concepto de derechos absolutos.
- e. ¿Cuál sería su respuesta sobre el caso si existiera una ley que permite la censura previa en aquellos casos en que se vea comprometida la seguridad del Estado, y si la motivación para censurar previamente fuera la de proteger la reputación de funcionarios públicos?

Materiales:

Utilice el *Manual de Entrenamiento*: Caso Ekmekdjian , Miguel A., Corte Suprema de Justicia de Argentina (Capítulo I, Sección E), Opiniones Consultivas OC-5 y OC-7 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 11.230 (Chile) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, e Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato y la Convención Americana, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Capítulo IV, Sección B).

* * * * *

Instrucciones para los entrenadores

Ejercicio práctico N° 1

Objetivos

Inducir a los participantes a discutir la aplicación interna de las normas internacionales de derechos humanos en el sistema interamericano. En particular, buscar que los miembros de la judicatura interpreten y apliquen las disposiciones sobre la libertad de expresión de la Convención Americana (censura previa y derecho a réplica) teniendo en cuenta que, como agentes del Estado, pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Tiempo asignado

Tres horas (cada entrenador podrá conceder 15 minutos de descanso, si lo considera necesario)

Metodología sugerida

Los participantes se pueden dividir en grupos. Es deseable que cada grupo tenga un entrenador que coordinará la actividad diseñada.

Cada grupo podrá tener la siguiente dinámica:

- * Se dividirán en dos subgrupos;
- * Los participantes recibirán un caso hipotético, que deberán resolver asumiendo el papel de miembros de una Corte Suprema de Justicia o Tribunal Constitucional Colegiado;
- * Los participantes contarán con aproximadamente una hora y media para analizar los materiales y escribir sus conclusiones sobre la posible solución del caso. Dada la naturaleza de tribunal colegiado, los participantes estarán autorizados a presentar sus “disidencias”;
- * Los participantes utilizarán la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de los órganos del sistema;
- * Los participantes presentarán sus conclusiones mediante un representante. Si existen “disidencias”, quienes las planteen tendrán un tiempo asignado para presentarlas;
- * El coordinador del grupo abrirá la discusión a todos los integrantes del grupo y antes de finalizar, a modo de resumen, resaltarán los elementos más importantes que hayan surgido como resultado del análisis colectivo del mismo.

Materiales

Los participantes podrán remitirse a los siguientes materiales incluidos en el *Manual de Entrenamiento*:

- * La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Anexo II)
- * Caso Ekmekdjian , Miguel A., Corte Suprema de Justicia de Argentina (Capítulo I, Sección E)

- * Fragmentos pertinentes de las Opiniones Consultivas OC-5 y OC-7, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Capítulo IV, Sección B)
 - * Caso No. 11.230, *Caso Martorell* (Chile), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Capítulo IV, Sección B)
 - * Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato y la Convención Americana, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Capítulo IV, Sección B)
-

Ejercicio práctico N° 2: Caso hipotético

Durante años, la República de Pacífica estuvo inmersa en una guerra civil y sólo recientemente se culminó un proceso de paz.

Como Juez Penal de Primera Instancia de Pacífica, usted se ve abocado a conocer un caso de tortura de María Pérez, nacional de la República de Atlántica, por parte de Miguel Almanza, miembro de las fuerzas de seguridad del estado de Pacífica, y de la desaparición forzada de su esposo, el Sr. Gabriel Pérez, también nacional de Atlántica, a manos de Plácido Botero, miembro de las fuerzas de seguridad del estado de Pacífica, y el caso de Juan Roa, amigo y vecino de los esposos Pérez y también nacional de Atlántica, que fue muerto por Javier Cardona, también miembro de las fuerzas de seguridad del estado de Pacífica. Los hechos ocurrieron durante la época del conflicto armado.

Los esposos Pérez se encontraban departiendo en su hogar cuando fueron detenidos por los señores Almanza y Botero, quienes ingresaron en forma violenta a la casa en cumplimiento de unas redadas realizadas por las fuerzas de seguridad en toda la manzana donde habitaban. Fueron conducidos a un paraje desolado, donde la Sra. Pérez fue golpeada salvajemente buscando información sobre sus presuntas actividades ilegales. El Sr. Pérez fue introducido en un carro sin placas, sin que hasta la fecha se conozca su paradero. El Sr. Roa, quien se encontraba al frente de la residencia, también iba a ser arrestado en el curso de las mismas redadas, pero fue muerto por Javier Cardona al resistirse a la acción.

Por dichos hechos fueron detenidos Miguel Almanza, Plácido Botero y Javier Cardona. Los individuos se encuentran procesados por existir serias evidencias de que fueron los autores materiales de las torturas a la Sra. Pérez, la desaparición del Sr. Pérez y el asesinato del Sr. Roa, respectivamente. Sin embargo, el gobierno de Pacífica expidió una Ley de Amnistía General para todos aquellos miembros de grupos armados rebeldes y miembros de las fuerzas de seguridad del estado por delitos cometidos durante el periodo del conflicto armado. Dicha Ley de Amnistía, en consecuencia, se aplicaría a la situación jurídica de Almanza, Botero y Cardona.

Los abogados de los procesados solicitaron mediante oficio al Sr. Juez que declare la aplicabilidad de la Ley de Amnistía a los casos de Almanza, Botero y Cardona, o en su defecto que declare la prescripción de la acción penal debido a que ésta solo se inició una vez vencido el término de prescripción de los delitos por lesiones personales, secuestro y homicidio. Este hecho consta en el expediente judicial.

Por su parte, mediante oficio dirigido a su despacho, la Sra. Pérez solicita a usted que ordene la exhumación de tres cadáveres en tres fosas diferentes ya que al parecer, según versiones de fuentes fidedignas y pruebas creíbles aportadas por la peticionante, alguno de ellos podría corresponder a los restos del Sr. Pérez. En otro oficio, la Sra. Pérez y los familiares del Sr. Roa solicitan a usted que declare inaplicable la Ley de Amnistía debido a que los delitos de que se les acusa son crímenes de lesa humanidad, o que en su defecto, proceda a extraditar a los perpetradores con base en la solicitud de extradición que en efecto ha extendido la República de Atlántica y que consta en el expediente del proceso.

La Constitución de Pacífica otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos vigentes para ese Estado. La legislación penal de Pacífica no contempla el delito de tortura o desaparición forzada. La República de Pacífica ratificó, antes de ocurridos los hechos, los siguientes instrumentos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. Todos estos tratados se encuentran en vigor.

Identifique y resuelva los problemas presentados en el caso actuado en calidad de Juez Penal de Primera Instancia de Pacífica. Para el efecto proyecte una decisión breve sobre el particular (una (1) hora). Luego discuta su opinión con el grupo de participantes.

Las siguientes preguntas servirán de guía para la discusión del grupo:

- 1) ¿Cómo cambiaría su respuesta si Pacífica no hubiese ratificado la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas?
- 2) ¿Cómo cambiaría su respuesta si Pacífica hubiese ratificado la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas después de ocurridos los hechos pero antes de iniciado el proceso penal?
- 3) A la luz de los tratados internacionales de derechos humanos del sistema interamericano:

¿Existe un derecho individual por parte de las víctimas a que se investigue adecuadamente el delito?

¿Existe un derecho individual por parte de las víctimas a que se castigue a los responsables?
¿Existe un derecho individual por parte de las víctimas a que se extradite a los perpetradores a otro estado para ser procesados por los crímenes cometidos?

¿Existe un derecho individual por parte de las víctimas a que se les compense por el daño sufrido?

¿La compensación sería remedio suficiente para las víctimas o sus familiares según la Convención Americana?

¿Qué otros derechos podrían tener las víctimas o sus familiares a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos?

Materiales

Resuelva el caso teniendo en cuenta los casos Velásquez Rodríguez de la Corte Interamericana y el caso 10.843 (Chile), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Capítulo II, Sección A) así como los otros materiales del Manual incluidos en el Capítulo II, Sección A. Asimismo, puede considerarse el caso Ramón Duarte Vera, Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del Paraguay (Capítulo II, Sección C)

Otros materiales que pueden consultarse son los Informes No.28/92 (Amnistía Argentina), No. 29/92 (Amnistía Uruguay) y No. 26/92 (Amnistía El Salvador), todos ellos de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, publicados en el Informe Anual de la CIDH 1992-1993, OEA/Ser.L/V/II.83, doc 14, 12 de marzo de 1993. Asimismo, pueden tenerse en cuenta el informe No. 25/98 (Amnistía Chile), publicado en el Informe Anual de la CIDH 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, doc. 6, rev., 13 de abril de 1998. Estos documentos pueden obtenerse vía Internet en el web site de la CIDH en la siguiente dirección: “www.oas.org”.

Por último, se sugiere consultar el Amicus Curiae presentado ante la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal por HRW/Americas y CEJIL sobre el derecho a la verdad en “www.derechos.org”

Instrucciones para los entrenadores

Ejercicio práctico N° 2

Objetivos

Que los participantes discutan y apliquen normas internacionales relacionadas con el derecho al recurso efectivo, refiriéndose en particular a la obligación de investigar, sancionar y reparar. Analizar estos temas en el marco de una ley de amnistía y en relación con el derecho a la verdad.

Tiempo asignado

Tres horas (cada entrenador podrá conceder 15 minutos de descanso, si lo considera necesario).

Metodología sugerida

Los participantes se podrán dividir en grupos. Cada grupo tendrá un entrenador que coordinará la actividad diseñada.

Los participantes recibirán un caso hipotético y lo analizarán individualmente aplicando la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales relevantes, así como la jurisprudencia internacional y nacional relacionada con el tema de la sesión. Los participantes contarán *con aproximadamente una hora* para resolver el caso hipotético.

A continuación, se discutirán las conclusiones de los participantes con todos los miembros del grupo. El coordinador guiará dicha discusión sobre la base de las preguntas contenidas en el caso hipotético, y antes de terminar este ejercicio práctico, a modo de resumen, resaltarán los elementos más importantes que hayan surgido como resultado del análisis colectivo del mismo.

Materiales

Los participantes deberán remitirse a los siguientes materiales incluidos en el *Manual de Entrenamiento*:

- * La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Anexo II)
- * La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Anexo II)
- * La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
- * La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- * Las partes correspondientes del Caso *Velásquez Rodríguez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos;
- * Informe N° 34/96, Héctor M. Garay Hermosilla y otros (en relación a la amnistía en Chile), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Capítulo II, Sección A)
- * En general, los materiales contenidos en la Capítulo II, Sección A.

Otra información adicional que puede consultarse: Informes No.28/92 (Amnistía Argentina), No. 29/92 (Amnistía Uruguay) y No. 26/92 (Amnistía El Salvador), todos ellos de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, publicados en el Informe Anual de la CIDH 1992-1993, OEA/Ser.L/V/II.83, doc 14, 12 de marzo de 1993. Asimismo, pueden tenerse en cuenta el informe No. 25/98 (Amnistía Chile), publicado en el Informe Anual de la CIDH 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, doc. 6, rev., 13 de abril de 1998. Estos documentos pueden obtenerse vía Internet en el web site de la CIDH en la siguiente dirección: "www.oas.org". Por último, se sugiere consultar el Amicus Curiae presentado ante la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal por HRW/Americas y CEJIL sobre el derecho a la verdad en "www.derechos.org"

Ejercicio práctico N° 3

Caso hipotético

1. La República de Marelle es un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos y desde el 1 de enero de 1989, un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el mismo instrumento de ratificación de la Convención, Marelle declaró reconocer la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 62 de dicho instrumento.
2. Desde principios de los años noventa, en Marelle imperaba un estado de violencia política desatada como consecuencia de la acción de grupos armados que luchaban por derrocar al gobierno constitucional y de la campaña de contrainsurgencia desplegada por el Estado para combatirlos.
3. La violencia política afectaba a varias regiones de Marelle; sin embargo, la zona más castigada era la correspondiente al Departamento de Traveler. En dicha región operaban especialmente dos grupos armados conocidos como "Patria Gris" (PG) y "Frente de Lucha por una Marelle Gris" (FLMG). Durante 1994, estos grupos, principalmente Patria Gris, habían asumido la responsabilidad por la perpetración de varios atentados, en los cuales habían muerto por lo menos 150 víctimas civiles.
4. A fin de reprimir más severamente la acción de los grupos armados, el 15 de marzo de 1994 el Congreso de Marelle adoptó la ley 15.134 que tipificaba los delitos de terrorismo, asociación para cometer terrorismo y apología del terrorismo. Asimismo, esta ley creaba tribunales especiales para entender en causas iniciadas contra aquellas personas acusadas de cometer estos delitos y establecía la normativa procesal aplicable en la tramitación de estos procesos.
5. En cuanto a la normativa procesal, la ley 15.134 creaba un procedimiento oral de instancia única a cargo de un tribunal especial integrado por tres magistrados. Contra la sentencia dictada por este tribunal cabía la interposición de un recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal) de Marelle. El recurso de apelación era de aplicación limitada; la competencia del tribunal se restringía a establecer si la sentencia era arbitraria y si se habían respetado las garantías judiciales en el trámite del proceso. Los nuevos cargos de jueces para integrar los tribunales especiales fueron

cubiertos con magistrados del Poder Judicial de Marelle y, en algunos casos, mediante la promoción de funcionarios del Ministerio Público.

6. Sybille Olivera era una conocida profesora de sociología de la Universidad Nacional de Marelle. Desde principios de 1990 se encontraba residiendo en La Talita, capital de Traveler, enseñando en la sección de la Universidad Nacional con sede en dicho departamento. La señora Olivera era asimismo una activa militante de "Unidos Actuemos", un partido considerado de ultraizquierda y al cual algunos consideraban el brazo político de "Patria Gris".

7. Entre el 1 y el 3 de octubre de 1994 se desarrollaron en La Talita las III Jornadas Nacionales de Ciencias Políticas. Sybille Olivera participó el último día de las jornadas como exponente en un panel sobre "Control de la violencia en un Estado democrático". Durante su exposición la Sra. Olivera planteó que la democracia ha demostrado ser un sistema ineficiente para resolver la injusticia social existente en los países pobres del Tercer Mundo, por cuanto, en la práctica, ha servido exclusivamente para canalizar los intereses imperialistas de los países desarrollados. En este sentido, señaló que la situación de Marelle demostraba que el sistema democrático había servido para perpetuar en el poder a la oligarquía, excluyendo de facto a la mayoría de la población. En su concepto, dadas las circunstancias sociales y económicas del país, la única forma de revertir las injusticias existentes era a través de la lucha armada.

8. El 4 de octubre de 1994, a las 10 de la mañana, fue arrestada por tres miembros de la policía de seguridad y trasladada al Departamento de Inteligencia del Estado, sección La Talita. Inmediatamente después de su arresto, la Sra. Olivera solicitó comunicarse con su familia y un abogado, lo que le fue denegado. Durante el primer día de detención fue interrogada por agentes de seguridad acerca de sus vinculaciones con el grupo armado "Patria Gris" así como sobre sus actividades partidarias en "Unidos Actuemos".

9. El 7 de octubre al mediodía fue presentada ante el juez competente con jurisdicción en La Talita. En la audiencia, se le comunicó que se le imputaba el delito de apología del terrorismo tipificado en el artículo 68 del Código Penal, según el cual:

"El que públicamente, a través del medio oral o escrito, incurriera en apología del terrorismo será reprimido con pena de prisión de 3 a 5 años. Esta pena podrá agravarse en un año cuando quien cometiera la apología fuese profesor universitario".

10. Luego de ser interrogada por el juez a cargo de la instrucción de la causa en presencia de un abogado nombrado de oficio, se declaró el procesamiento y la prisión preventiva de la Sra. Olivera. Esa misma tarde se contactó con su familia y su abogado.

11. Durante el trámite del proceso Sybille Olivera permaneció detenida. Los dos pedidos de excarcelación presentados fueron rechazados por el juez competente y confirmados en apelación.

12. El juicio oral de la acusada ante el Tribunal Especial No. 10 se inició el 11 febrero de 1996. En la primera audiencia, los abogados de la defensa solicitaron la recusación de uno de los tres magistrados que integraban el tribunal, puesto que éste había participado como adjunto del fiscal que

realizó la acusación de la Sra. Olivera. Dicha solicitud fue rechazada por el tribunal, alegando que el magistrado en cuestión sólo había participado en los dos primeros meses de la investigación y por lo tanto no había tenido acceso a toda la información del caso. Asimismo, justificó su decisión señalando que el número insuficiente de personal capacitado para integrar estos tribunales había determinado la necesidad de promover funcionarios del Ministerio Público para que cubrieran los cargos vacantes. Esta decisión fue confirmada en apelación.

13. El 30 de abril de 1996 Sybille Olivera fue condenada a cuatro años de prisión.

14. Interpuesto recurso de apelación ante la Corte Suprema, éste fue rechazado sin consideración el 1 de junio de 1996. El tribunal alegó que no tenía competencia para revisar si existía dolo en la conducta de la Sra. Olivera o si se habían valorado correctamente las pruebas.

15. El 7 de julio de 1996, Sybille Olivera presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando violaciones a los derechos protegidos en los artículos 7, 8, 9, 13 y 1 de la Convención Americana.

16. El 10 de agosto de 1997, la Comisión adoptó su informe preliminar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 de la Convención. El 14 de agosto, se remitió el informe al Gobierno de Marelle. Vencido el plazo de 60 días sin que el gobierno adoptara las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ésta decidió remitir el presente caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

17. Mediante resolución del 6 de septiembre de 1997, la Comisión designó a los abogados de la Sra. Sybille Olivera como sus asistentes en la tramitación del caso ante la Corte Interamericana.

* * * * *

Instrucciones para los entrenadores

Ejercicio práctico N° 3

Objetivos

Que los participantes pongan en práctica las herramientas jurídicas adquiridas durante el entrenamiento y tengan la oportunidad de experimentar la dinámica de un procedimiento judicial internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se busca además proporcionar una visión de conjunto de aquellos temas más vinculados al quehacer de la judicatura.

Metodología sugerida

Los participantes realizarán un ejercicio de litigio simulado (*moot court*) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es deseable el ejercicio que se realice durante el último día del entrenamiento, para lo cual es necesario que durante el evento los participantes, además de asistir a las actividades programadas, procuren prepararse individualmente utilizando los recursos a su disposición.

El ejercicio de litigio simulado puede llevarse a cabo de la siguiente manera:

Los participantes se dividirán en dos (2) grupos:

- * Los participantes recibirán un caso hipotético, que deberán analizar y resolver asumiendo el papel de demandantes, de demandados o de panel de jueces (Corte Interamericana de Derechos Humanos);
- * Cada grupo se organizará de la siguiente manera:
 - a) algunos participantes integrarán el panel de jueces ante el cual se discutirá el caso;
 - b) los demás participantes se dividirán en dos subgrupos: 1) en demandantes/Comisión, y 2) en demandados/Estado;
- * El panel de jueces, los demandantes y los demandados contarán con aproximadamente una hora para analizar y discutir el caso hipotético en el grupo correspondiente. Cada grupo, demandantes y demandados, elegirá dos (2) personas, quienes presentarán los alegatos orales ante el panel de jueces con base en lo discutido durante la primera hora;
- * Los participantes elegidos presentarán su alegato oralmente ante la Corte, comenzando por el demandante. Cada parte tendrá *media hora* (quince minutos por persona) para presentar su posición. Los jueces del panel podrán interpelar a los participantes con preguntas o comentarios breves.
- * Una vez terminadas las intervenciones orales de los demandantes y los demandados, el panel de jueces podrá otorgar un tiempo razonable que no exceda los diez (10) minutos para la réplica de los demandantes y la réplica de los demandados.
- * Una vez terminados los alegatos, los jueces del panel se retirarán a deliberar sobre las presentaciones de las dos partes (durante aproximadamente media hora). El panel de jueces presentará ante todos los participantes su decisión. Dada la naturaleza de tribunal colegiado, los jueces podrán presentar sus “disidencias”;
- * El coordinador del grupo abrirá la discusión a todos los participantes y antes de finalizar, a modo de resumen, resaltarán los elementos más importantes que hayan surgido como resultado del análisis colectivo del mismo.

Tiempo asignado

Tres horas distribuidas de la siguiente manera: una hora para discusión en cada grupo, una hora y veinte minutos para los alegatos orales, media hora de deliberación por parte del panel de jueces, y el tiempo restante (cuarenta minutos) para presentar la decisión, opiniones separadas (si las hubiere) y comentarios del panel de jueces y de los participantes.

Materiales

Los participantes utilizarán la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de los órganos del sistema. Asimismo, consultarán los materiales incluidos en el “Manual de Entrenamiento” en su conjunto, además de otros recursos de los que puedan disponer.

* * * * *

Página en blanco a propósito

APENDICE II

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Página en blanco a propósito

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

(Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos)

PREÁMBULO

Los Estados americanos signatarios de la presente Convención,

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;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

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 determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPITULO I ENUMERACIÓN DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

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 efectivos tales derechos y libertades.

CAPITULO II DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

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.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. 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. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

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.

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 recluso.
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 reclusa 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 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.

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 condicionada 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 fueran 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.

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 inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. derecho del inculcado 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 inculcado 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;
- 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 inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado 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.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de 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. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

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.

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.
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 de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de 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 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 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 particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

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

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 que establezca 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.

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.

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 públicos, 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 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 la 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.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

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.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

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 privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

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.

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

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.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive 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.

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.

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 personal 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 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.

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 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 tal 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.

CAPITULO 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 u otros medios apropiados.

CAPITULO IV SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Artículo 27. Suspensión de Garantías

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

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

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

Artículo 28. Cláusula Federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Artículo 29. Normas de Interpretación

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

- a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

CAPITULO V DEBERES DE LAS PERSONAS

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

- 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
- 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.

PARTE II MEDIOS DE LA PROTECCIÓN

CAPITULO VI DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES

Artículo 33

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención:

- a. la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b. la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

CAPITULO VII

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. Organización

Artículo 34

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Artículo 35

La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados americanos.

Artículo 36

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.
2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 37

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.
2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Artículo 38

Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración normal del mandato, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo con lo que disponga el Estatuto de la Comisión.

Artículo 39

La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

Artículo 40

Los servicios de Secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión.

Sección 2. Funciones

Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a. estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b. formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c. preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d. solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

- e. atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f. actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g. rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 42

Los Estados partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados 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.

Artículo 43

Los Estados partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Sección 3. Competencia

Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Artículo 45

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.
2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.
3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.
4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:
 - a. que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
 - b. que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
 - c. que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
 - d. que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.
2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:
 - a. no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

- b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Artículo 47

La Comisión declarará inadmisibile toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

- a. falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;
- b. no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;
- c. resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y
- d. sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Sección 4. Procedimiento

Artículo 48

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

- a. si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;
- b. recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;
- c. podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;

- d. si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;
- e. podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;
- f. se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

Artículo 49

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.

2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.

3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.
2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.
3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

CAPITULO VIII LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. Organización

Artículo 52

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.
2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Artículo 53

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.
2. Cada uno de los Estados partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces.
2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.
3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Artículo 55

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.
2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc.
3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc.
4. El juez ad hoc debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.
5. Si varios Estados partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.

2. La Corte designará a su Secretario.

3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

Artículo 59

La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

Artículo 60

La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

Sección 2. Competencia y Funciones

Artículo 61

1. Sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Sección 3. Procedimiento

Artículo 66

1. El fallo de la Corte será motivado.
2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.

CAPITULO IX

DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 70

1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.

2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 71

Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.

Artículo 72

Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus Estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales emolumentos y gastos de viaje será fijados en el programa-presupuesto de la Organización de los Estados Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su Secretaría. A estos efectos, la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

Artículo 73

Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

PARTE III
DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

CAPITULO X
FIRMA, RATIFICACIÓN, RESERVA, ENMIENDA,
PROTOCOLO Y DENUNCIA

Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.
2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.
3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 75

Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Artículo 76

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.
2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados partes en el mismo.

Artículo 78

1. Los Estados partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

CAPITULO XI DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Sección 1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 79

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados miembros de la Organización al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 80

La elección de miembros de la Comisión se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará sucesivamente, en la forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Sección 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 81

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 82

La elección de jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 81, por votación secreta de los Estados partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente, en la forma que determinen los Estados partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

(Suscrita 17 de noviembre de 1988, reimprimido en Documentos Básicos relacionados a los Derechos Humanos del Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 p. 67 (1992).)

Preámbulo

Los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", **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;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

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;

Reconociendo los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación entre los Estados y de las relaciones internacionales;

Recordando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos;

Teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y considerando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que pueden someterse a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos proyectos de protocolos adicionales a esa Convención con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades,

Han convenido en el siguiente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador":

Artículo 1

Obligación de Adoptar Medidas

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2

Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera 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 este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

Artículo 3

Obligación de no Discriminación

Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 4

No Admisión de Restricciones

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Artículo 5

Alcance de las Restricciones y Limitaciones

Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

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:

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 de 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 las industrias 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 cualesquiera 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 días feriados nacionales.

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 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;

b. el derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, 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.

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.

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:

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.

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.

Artículo 12

Derecho a la Alimentación

1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad 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.

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 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 en 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 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.

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.

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.

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;
 - 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.
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.
3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la 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.

Artículo 15

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 física, intelectual y moral;

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.

Artículo 16

Derecho de la Niñez

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

Artículo 17

Protección de los Ancianos

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

a. proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada, a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;

b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;

c. estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

Artículo 18

Protección de los Minusválidos

Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;

b. proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;

c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;

d. estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

Artículo 19

Medios de Protección

1. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.

2. Todos los informes serán presentados al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en el presente artículo. El Secretario General enviará copia de tales informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3. El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos transmitirá también a los organismos especializados del sistema interamericano, de los cuales sean miembros los Estados partes en el presente Protocolo, copias de los informes enviados o de las partes pertinentes de éstos, en la medida en que tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos, conforme a sus instrumentos constitutivos.

4. Los organismos especializados del sistema interamericano podrán presentar al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura informes relativos al cumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo, en el campo de sus actividades.

5. Los informes anuales que presenten a la Asamblea General el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura

contendrán un resumen de la información recibida de los Estados partes en el presente Protocolo y de los organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes.

6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado.

8. Los Consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de las funciones que se les confieren en el presente artículo tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo.

Artículo 20

Reservas

Los Estados partes podrán formular reservas sobre una o más disposiciones específicas del presente Protocolo al momento de aprobarlo, firmarlo, ratificarlo o adherir a él, siempre que no sean incompatibles con el objeto y el fin del Protocolo.

Artículo 21

Firma, Ratificación o Adhesión.

Entrada en Vigor

1. El presente Protocolo queda abierto a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. La ratificación de este Protocolo o la adhesión al mismo se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

3. El Protocolo entrará en vigor tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión.

4. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor del Protocolo.

Artículo 22

Incorporación de otros Derechos y Ampliación de los Reconocidos

1. Cualquier Estado parte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrán someter a la consideración de los Estados partes, reunidos con ocasión de la Asamblea General, propuestas de enmienda con el fin de incluir el reconocimiento de otros derechos y libertades, o bien otras destinadas a extender o ampliar los derechos y libertades reconocidos en este Protocolo.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados partes en este Protocolo. En cuanto al resto de los Estados partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA

(Suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, reimprimido en Documentos Básicos relacionados a los Derechos Humanos del Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 p. 83 (1992).)

PREAMBULO

Los Estados americanos signatarios de la presente Convención,

Conscientes de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;

Reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos;

Señalando que, para hacer efectivas las normas pertinentes contenidas en los instrumentos universales y regionales aludidos, es necesario elaborar una Convención Interamericana que prevenga y sancione la tortura;

Reiterando su propósito de consolidar en este continente las condiciones que permitan el reconocimiento y respeto de la dignidad inherente a la persona humana y aseguren el ejercicio pleno de sus libertades y derechos fundamentales,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1

Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

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 fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también 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.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

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.

Artículo 4

El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente.

Artículo 5

No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura.

Artículo 6

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

Artículo 7

Los Estados partes tomarán medidas para que, en el adiestramiento de agentes de la policía y de otros funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, provisional o definitivamente, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas similares para evitar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 8

Los Estados Partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.

Artículo 9

Los Estados partes se comprometen a incorporar en sus legislaciones nacionales normas que garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura.

Nada de lo dispuesto en este artículo afectará el derecho que puedan tener la víctima u otras personas de recibir compensación en virtud de legislación nacional existente.

Artículo 10

Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración.

Artículo 11

Los Estados partes tomarán las providencias necesarias para conceder la extradición de toda persona acusada de haber cometido el delito de tortura o condenada por la comisión de ese delito, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales sobre extradición y sus obligaciones internacionales en esta materia.

Artículo 12

Todo Estado parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención en los siguientes casos:

- a. cuando la tortura haya sido cometida en el ámbito de su jurisdicción;
- b. cuando el presunto delincuente tenga su nacionalidad; o
- c. cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en el ámbito de su jurisdicción y no proceda a extraditarlo de conformidad con el artículo 11.

La presente Convención no excluye la jurisdicción penal ejercida de conformidad con el derecho interno.

Artículo 13

El delito a que se hace referencia en el artículo 2 se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados partes. Los Estados partes se comprometen a incluir el delito de tortura como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

Todo Estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado podrá, si recibe de otro Estado parte con el que no tiene tratado una solicitud de extradición, considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito de tortura. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido.

Los Estados partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente.

Artículo 14

Cuando un Estado parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición.

Artículo 15

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo, cuando proceda, ni como modificación a las obligaciones de los Estados partes en materia de extradición.

Artículo 16

La presente Convención deja a salvo lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por otras convenciones sobre la materia y por el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del delito de tortura.

Artículo 17

Los Estados partes se comprometen a informar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otro orden que hayan adoptado en aplicación de la presente Convención.

De conformidad con sus atribuciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos procurará analizar, en su informe anual, la situación que prevalezca en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en lo que respecta a la prevención y supresión de la tortura.

Artículo 18

La presente Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 19

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 20

La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado americano. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 21

Los Estados partes podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo 22

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 23

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados partes.

Artículo 24

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere.

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS

(Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, reimprimido en Documentos Básicos relacionados a los Derechos Humanos del Sistema Interamericano OEA/Srv.L/V/II.92, doc. 31 rev. 3, pág. 105 (1996))

PREAMBULO

LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS

PREOCUPADOS por el hecho de que subsiste la desaparición forzada de personas;

REAFIRMANDO que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Hemisferio, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

CONSIDERANDO que la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos;

CONSIDERANDO que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos;

RECORDANDO que la protección internacional de los derechos humanos es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno y tiene como fundamento los atributos de la persona humana;

REAFIRMANDO que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad;

ESPERANDO que esta Convención contribuya a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el Hemisferio y constituya un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho,

RESUELVEN adoptar la siguiente Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas:

Artículo I

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a:

No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;

Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;

Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y

Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

Artículo II

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a 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 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.

Artículo III

Los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Los Estados partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona.

Artículo IV

Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado parte. En consecuencia, cada Estado parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos:

- f. Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción;
- g. Cuando el imputado sea nacional de ese Estado;
- h. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo.

Esta Convención no faculta a un Estado parte para emprender en el territorio de otro Estado parte el ejercicio de la jurisdicción ni el desempeño de las funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de la otra parte por su legislación interna.

Artículo V

La desaparición forzada de personas no será considerada delito político para los efectos de extradición.

La desaparición forzada se considerará incluida entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados partes.

Los Estados partes se comprometen a incluir el delito de desaparición forzada como susceptible de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

Todo Estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado y reciba de otro Estado parte con el que no tiene tratado una solicitud de extradición podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito de desaparición forzada.

Los Estados partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dicho delito como susceptible de extradición, con sujeción a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

La extradición estará sujeta a las disposiciones previstas en la constitución y demás leyes del Estado requerido.

Artículo VI

Cuando un Estado parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición.

Artículo VII

La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado parte.

Artículo VIII

No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas.

Los Estados partes velarán asimismo por que, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas.

Artículo IX

Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.

Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.

No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Artículo X

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

En la tramitación de dichos procedimientos o recursos y conforme al derecho interno respectivo, las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar.

Artículo XI

Toda persona privada de libertad deber ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad judicial competente.

Los Estados partes establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los podrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades.

Artículo XII

Los Estados partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores.

Artículo XIII

Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.

Artículo XIV

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reciba una petición o comunicación sobre una supuesta desaparición forzada se dirigirá, por medio de su Secretaría Ejecutiva, en forma urgente y confidencial, al correspondiente gobierno solicitándole que proporcione a la brevedad posible la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida y demás información que estime pertinente, sin que esta solicitud prejuzgue la admisibilidad de la petición.

Artículo XV

Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las partes. Esta Convención no se aplicará a conflictos armados internacionales regidos por los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo relativo a la protección de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas, y a prisioneros y civiles en tiempo de guerra.

Artículo XVI

La presente Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XVII

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XVIII

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XIX

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención en el momento de firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo XX

La presente Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo XXI

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados partes.

Artículo XXII

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la cual enviará copia auténtica de su texto, para su registro y publicación, a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiese.

**CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR,
SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER
"CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ"**

(Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, reimprimido en Documentos Básicos relacionados a los Derechos Humanos del Sistema Interamericano OEA/Srv.L/V/II.92, doc. 31 rev. 3, pág. 105 (1996))

LOS ESTADOS PARTES DE LA PRESENTE CONVENCIÓN,

RECONOCIENDO que el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales;

AFIRMANDO que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;

PREOCUPADOS porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres;

RECORDANDO la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Vigésimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres, y afirmando que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases;

CONVENCIDOS de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, y

CONVENCIDOS de que la adopción de una convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, constituye una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas,

HAN CONVENIDO en lo siguiente:

CAPITULO I

DEFINICIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por 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 como en el privado.

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada 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
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

CAPITULO II

DERECHOS PROTEGIDOS

Artículo 3

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;

- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
- h. el derecho a libertad de asociación;
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Artículo 5

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Artículo 6

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b. 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.

CAPITULO III

DEBERES DE LOS ESTADOS

Artículo 7

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Artículo 8

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

- a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;
- b. 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 la 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;
- c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;
- d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;
- e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;
- f. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;
- g. 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 realzar el respeto a la dignidad de la mujer;
- h. 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, y

- i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia.

Artículo 9

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

CAPITULO IV

MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN

Artículo 10

Con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer.

Artículo 11

Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención.

Artículo 12

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CAPITULO V

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 13

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la legislación interna de los Estados Partes que prevea iguales o mayores protecciones y garantías de los derechos de la mujer y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

Artículo 14

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema.

Artículo 15

La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 16

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 17

La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 18

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que:

- a. no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención;
- b. no sean de carácter general y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo 19

Cualquier Estado Parte puede someter a la Asamblea General, por conducto de la Comisión Interamericana de Mujeres, una propuesta de enmienda a esta Convención.

Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que dos tercios de los Estados Partes hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 20

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas en cualquier momento mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 21

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique o adhiera a la Convención después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 22

El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 23

El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos presentará un informe anual a los Estados miembros de la Organización sobre el estado de esta Convención, inclusive sobre las firmas, depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión o declaraciones, así como las reservas que hubieren presentado los Estados Partes y, en su caso, el informe sobre las mismas.

Artículo 24

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla mediante el depósito de un instrumento con ese fin en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Un año después a partir de la fecha del depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Artículo 25

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman el presente Convenio, que se llamará "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará".

HECHA EN LA CIUDAD DE BELEM DO PARÁ, BRASIL, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976

PREAMBULO

Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

Convienen en los artículos siguientes:

PARTE I

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

PARTE II

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.

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.

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.

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 4

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

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

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

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

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

PARTE III

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 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 la 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 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.

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.

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 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.

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 otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

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.

Artículo 11

Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

Artículo 12

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 tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

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. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

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.

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 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 juzgada 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;

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. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

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. 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.

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.

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.

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.

Artículo 16

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las 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.

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 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.

Artículo 27

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

PARTE IV

Artículo 28

1. Se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante.

2. El Comité estará compuesto de nacionales de los Estados Partes en el presente Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.

3. Los miembros del Comité serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal.

Artículo 29

1. Los miembros del Comité serán elegidos por votación secreta de una lista de personas que reúnan las condiciones previstas en el artículo 28 y que sean propuestas al efecto por los Estados Partes en el presente Pacto.

2. Cada Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer hasta dos personas. Estas personas serán nacionales del Estado que las proponga.

3. La misma persona podrá ser propuesta más de una vez.

Artículo 30

1. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto.

2. Por lo menos cuatro meses antes de la fecha de la elección del Comité, siempre que no se trate de una elección para llenar una vacante declarada de conformidad con el artículo 34, el Secretario General de las Naciones Unidas invitará por escrito a los Estados Partes en el presente Pacto a presentar sus candidatos para el Comité en el término de tres meses.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos que hubieren sido presentados, con indicación de los Estados Partes que los hubieren designado, y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto a más tardar un mes antes de la fecha de cada elección.

4. La elección de los miembros del Comité se celebrará en una reunión de los Estados Partes en el presente Pacto convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas en la Sede de la Organización. En esa reunión, para la cual el quórum estará constituido por dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, quedarán elegidos miembros del Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

Artículo 31

1. El Comité no podrá comprender más de un nacional de un mismo Estado.

2. En la elección del Comité se tendrá en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos.

Artículo 32

1. Los miembros del Comité se elegirán por cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. Sin embargo, los mandatos de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirarán al cabo de dos años. Inmediatamente después de la primera elección, el Presidente de la reunión mencionada en el párrafo 4 del artículo 30 designará por sorteo los nombres de estos nueve miembros.

2. Las elecciones que se celebren al expirar el mandato se harán con arreglo a los artículos precedentes de esta parte del presente Pacto.

Artículo 33

1. Si los demás miembros estiman por unanimidad que un miembro del Comité ha dejado de desempeñar sus funciones por otra causa que la de ausencia temporal, el Presidente del Comité notificará este hecho al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto de dicho miembro.

2. En caso de muerte o renuncia de un miembro del Comité, el Presidente lo notificará inmediatamente al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto desde la fecha del fallecimiento o desde la fecha en que sea efectiva la renuncia.

Artículo 34

1. Si se declara una vacante de conformidad con el artículo 33 y si el mandato del miembro que ha de ser sustituido no expira dentro de los seis meses que sigan a la declaración de dicha vacante, el Secretario General de las Naciones Unidas lo notificará a cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto, los cuales, para llenar la vacante, podrán presentar candidatos en el plazo de dos meses, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 29.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos así designados y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto. La elección para llenar la vacante se verificará de conformidad con las disposiciones pertinentes de esta parte del presente Pacto.

3. Todo miembro del Comité que haya sido elegido para llenar una vacante declarada de conformidad con el artículo 33 ocupará el cargo por el resto del mandato del miembro que dejó vacante el puesto en el Comité conforme a lo dispuesto en ese artículo.

Artículo 35

Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea General determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

Artículo 36

El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud del presente Pacto.

Artículo 37

1. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará a la primera reunión del Comité en la Sede de las Naciones Unidas.

2. Después de su primera reunión, el Comité se reunirá en las ocasiones que se prevean en su reglamento.

3. El Comité se reunirá normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

Artículo 38

Antes de entrar en funciones, los miembros del Comité declararán solemnemente en sesión pública del Comité que desempeñarán su cometido con toda imparcialidad y conciencia.

Artículo 39

1. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años. Los miembros de la Mesa podrán ser reelegidos.

2. El Comité establecerá su propio reglamento, en el cual se dispondrá, entre otras cosas, que:

a) Doce miembros constituirán quórum;

b) Las decisiones del Comité se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes.

Artículo 40

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

a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados;

b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida.

2. Todos los informes se presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, quien los transmitirá al Comité para examen. Los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del presente Pacto.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas, después de celebrar consultas con el Comité, podrá transmitir a los organismos especializados interesados copias de las partes de los informes que caigan dentro de sus esferas de competencia.

4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto.

5. Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo.

Artículo 41

1. Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones recibidas en virtud de este artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:

- a)* Si un Estado Parte en el presente Pacto considera que otro Estado Parte no cumple las disposiciones del presente Pacto, podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.
- b)* Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados Partes interesados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de ambos Estados Partes interesados tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante notificación dirigida al Comité y al otro Estado.
- c)* El Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente.
- d)* El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo.
- e)* A reserva de las disposiciones del inciso c, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidos en el presente Pacto.
- f)* En todo asunto que se le someta, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b que faciliten cualquier información pertinente.

g) Los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b tendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente, o por escrito, o de ambas maneras.

h) El Comité, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de recibo de la notificación mencionada en el inciso b, presentará un informe en el cual:

i) Si se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada;

ii) Si no se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados. En cada asunto, se enviará el informe a los Estados Partes interesados.

2. Las disposiciones del presente artículo entrarán en vigor cuando diez Estados Partes en el presente Pacto hayan hecho las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo. Tales declaraciones serán depositadas por los Estados Partes en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia de las mismas a los demás Estados Partes. Toda declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General. Tal retiro no será obstáculo para que se examine cualquier asunto que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud de este artículo; no se admitirá ninguna nueva comunicación de un Estado Parte una vez que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la notificación de retiro de la declaración, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

Artículo 42

1. a) Si un asunto remitido al Comité con arreglo al artículo 41 no se resuelve a satisfacción de los Estados Partes interesados, el Comité, con el previo consentimiento de los Estados Partes interesados, podrá designar una Comisión Especial de Conciliación (denominada en adelante la Comisión). Los buenos oficios de la Comisión se pondrán a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, basada en el respeto al presente Pacto.

b) La Comisión estará integrada por cinco personas aceptables para los Estados Partes interesados. Si, transcurridos tres meses, los Estados Partes interesados no se ponen de acuerdo sobre la composición, en todo o en parte, de la Comisión, los miembros de la Comisión sobre los que no haya habido acuerdo serán elegidos por el Comité, de entre sus propios miembros, en votación secreta y por mayoría de dos tercios.

2. Los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones a título personal. No serán nacionales de los Estados Partes interesados, de ningún Estado que no sea parte en el presente Pacto, ni de ningún Estado Parte que no haya hecho la declaración prevista en el artículo 41.

3. La Comisión elegirá su propio Presidente y aprobará su propio reglamento.

4. Las reuniones de la Comisión se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Sin embargo, podrán celebrarse en cualquier otro lugar conveniente que la Comisión acuerde en consulta con el Secretario General de las Naciones Unidas y los Estados Partes interesados.

5. La secretaría prevista en el artículo 36 prestará también servicios a las comisiones que se establezcan en virtud del presente artículo.

6. La información recibida y estudiada por el Comité se facilitará a la Comisión, y ésta podrá pedir a los Estados Partes interesados que faciliten cualquier otra información pertinente.

7. Cuando la Comisión haya examinado el asunto en todos sus aspectos, y en todo caso en un plazo no mayor de doce meses después de haber tomado conocimiento del mismo, presentará al Presidente del Comité un informe para su transmisión a los Estados Partes interesados:

a) Si la Comisión no puede completar su examen del asunto dentro de los doce meses, limitará su informe a una breve exposición de la situación en que se halle su examen del asunto;

b) Si se alcanza una solución amistosa del asunto basada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en el presente Pacto, la Comisión limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada;

c) Si no se alcanza una solución en el sentido del inciso b, el informe de la Comisión incluirá sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre los Estados Partes interesados, y sus observaciones acerca de las posibilidades de solución amistosa del asunto; dicho informe contendrá también las exposiciones escritas y una reseña de las exposiciones orales hechas por los Estados Partes interesados;

d) Si el informe de la Comisión se presenta en virtud del inciso c, los Estados Partes interesados notificarán al Presidente del Comité, dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe, si aceptan o no los términos del informe de la Comisión.

8. Las disposiciones de este artículo no afectan a las funciones del Comité previstas en el artículo 41.

9. Los Estados Partes interesados compartirán por igual todos los gastos de los miembros de la Comisión, de acuerdo con el cálculo que haga el Secretario General de las Naciones Unidas.

10. El Secretario General de las Naciones Unidas podrá sufragar, en caso necesario, los gastos de los miembros de la Comisión, antes de que los Estados Partes interesados reembolsen esos gastos conforme al párrafo 9 del presente artículo.

Artículo 43

Los miembros del Comité y los miembros de las comisiones especiales de conciliación designados conforme al artículo 42 tendrán derecho a las facilidades, privilegios e inmunidades que se conceden a los expertos que desempeñen misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas.

Artículo 44

Las disposiciones de la aplicación del presente Pacto se aplicarán sin perjuicio de los procedimientos previstos en materia de derechos humanos por los instrumentos constitutivos y las convenciones de las Naciones Unidas y de los organismos especializados o en virtud de los mismos, y no impedirán que los Estados Partes recurran a otros procedimientos para resolver una controversia, de conformidad con convenios internacionales generales o especiales vigentes entre ellos.

Artículo 45

El Comité presentará a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, un informe anual sobre sus actividades.

PARTE V

Artículo 46

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

Artículo 47

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

PARTE VI

Artículo 48

1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.

2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 49

1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 50

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 51

1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará a una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

Artículo 52

Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 48, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 48;
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 49, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 51.

Artículo 53

1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Pacto a todos los Estados mencionados en el artículo 48.

PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 59, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302, entrada en vigor 23 de marzo de 1976

Los Estados Partes en el presente Protocolo,

Considerando que para asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante denominado el Pacto) y la aplicación de sus disposiciones sería conveniente facultar al Comité de Derechos Humanos establecido en la parte IV del Pacto (en adelante denominado el Comité) para recibir y considerar, tal como se prevé en el presente Protocolo, comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1

Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

Artículo 2

Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.

Artículo 3

El Comité considerará inadmisibles toda comunicación presentada de acuerdo con el presente Protocolo que sea anónima o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones o sea incompatible con las disposiciones del Pacto.

Artículo 4

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 3, el Comité pondrá toda comunicación que le sea sometida en virtud del presente Protocolo en conocimiento del Estado Parte del que se afirme que ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto.

2. En un plazo de seis meses, ese Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto.

Artículo 5

1. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de acuerdo con el presente Protocolo tomando en cuenta toda la información escrita que le hayan facilitado el individuo y el Estado Parte interesado.

2. El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que:

a) El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales;

b) El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.

3. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente Protocolo.

4. El Comité presentará sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo.

Artículo 6

El Comité incluirá en el informe anual que ha de presentar con arreglo al artículo 45 del Pacto un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo.

Artículo 7

En tanto no se logren los objetivos de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1960, relativa a la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, las disposiciones del presente Protocolo no limitarán de manera alguna el derecho de petición concedido a esos pueblos por la Carta de las Naciones Unidas y por otros instrumentos y convenciones internacionales que se hayan concertado bajo los auspicios de las Naciones Unidas o de sus organismos especializados.

Artículo 8

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto.

2. El presente Protocolo está sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido al mismo. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido al mismo.

4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Protocolo, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 9

1. A reserva de la entrada en vigor del Pacto, el presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 10

Las disposiciones del presente Protocolo serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 11

1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Protocolo, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará a una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Protocolo, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Protocolo y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.

Artículo 12

1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto tres meses después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. La denuncia se hará sin perjuicio de que las disposiciones del presente Protocolo sigan aplicándose a cualquier comunicación presentada, en virtud del artículo 2, antes de la fecha de efectividad de la denuncia.

Artículo 13

Independientemente de las notificaciones formuladas conforme al párrafo 5 del artículo 8 del presente Protocolo, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 48 del Pacto:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 8;
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Protocolo conforme a lo dispuesto en el artículo 9, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 11;
- c) Las denuncias recibidas en virtud del artículo 12.

Artículo 14

1. El presente Protocolo, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados mencionados en el artículo 48 del Pacto.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

**A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993
U.N.T.S. 3, entrada en vigor 3 de enero de 1976.**

PREAMBULO

Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

Convienen en los artículos siguientes:

PARTE I

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

PARTE II

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Artículo 4

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

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

PARTE III

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:

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 variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

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 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.

Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

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.

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 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.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

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:

- 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.

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 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;

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.

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 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 dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 14

Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

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;

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.

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.

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.

PARTE IV

Artículo 16

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo.

2. *a)* Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto;

b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos.

Artículo 17

1. Los Estados Partes en el presente Pacto presentarán sus informes por etapas, con arreglo al programa que establecerá el Consejo Económico y Social en el plazo de un año desde la entrada en vigor del presente Pacto, previa consulta con los Estados Partes y con los organismos especializados interesados.

2. Los informes podrán señalar las circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en este Pacto.

3. Cuando la información pertinente hubiera sido ya proporcionada a las Naciones Unidas o a algún organismo especializado por un Estado Parte, no será necesario repetir dicha información, sino que bastará hacer referencia concreta a la misma.

Artículo 18

En virtud de las atribuciones que la Carta de las Naciones Unidas le confiere en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, el Consejo Económico y Social podrá concluir acuerdos con los organismos especializados sobre la presentación por tales organismos de informes relativos al cumplimiento de las disposiciones de este Pacto que corresponden a su campo de actividades. Estos informes podrán contener detalles sobre las decisiones y recomendaciones que en relación con ese cumplimiento hayan aprobado los órganos competentes de dichos organismos.

Artículo 19

El Consejo Económico y Social podrá transmitir a la Comisión de Derechos Humanos, para su estudio y recomendación de carácter general, o para información, según proceda, los informes sobre derechos humanos que presenten los Estados conforme a los artículos 16 y 17, y los informes relativos a los derechos humanos que presenten los organismos especializados conforme al artículo 18.

Artículo 20

Los Estados Partes en el presente Pacto y los organismos especializados interesados podrán presentar al Consejo Económico y Social observaciones sobre toda recomendación de carácter general hecha en virtud del artículo 19 o toda referencia a tal recomendación general que conste en un informe de la Comisión de Derechos Humanos o en un documento allí mencionado.

Artículo 21

El Consejo Económico y Social podrá presentar de vez en cuando a la Asamblea General informes que contengan recomendaciones de carácter general, así como un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el presente Pacto y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para lograr el respeto general de los derechos reconocidos en el presente Pacto.

Artículo 22

El Consejo Económico y Social podrá señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus órganos subsidiarios y los organismos especializados interesados que se ocupen de prestar asistencia técnica, toda cuestión surgida de los informes a que se refiere esta parte del Pacto que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del presente Pacto.

Artículo 23

Los Estados Partes en el presente Pacto convienen en que las medidas de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el presente Pacto comprenden procedimientos tales como la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados.

Artículo 24

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

Artículo 25

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

PARTE V

Artículo 26

1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.

2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 27

1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 28

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 29

1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará a una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

Artículo 30

Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 26, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 26;
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 27, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 29.

Artículo 31

1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Pacto a todos los Estados mencionados en el artículo 26.

CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

**A.G. res. 39/46, anexo, 39 U.N.GAOR Supp. (No. 51) p. 197, ONU Doc. A/39/51 (1984),
entrada en vigor 26 de junio de 1987**

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo,

Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana,

Considerando la obligación que incumbe a los Estados en virtud de la Carta, en particular del Artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales,

Teniendo en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,

Teniendo en cuenta asimismo la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975,

Deseando hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

Artículo 2

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Artículo 3

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

Artículo 4

1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Artículo 5

1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

- a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
- b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
- c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

Artículo 6

1. Todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. La persona detenida de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo o, si se trata de un apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida.

4. Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

Artículo 7

1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

2. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado. En los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 5, el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 5.

3. Toda persona encausada en relación con cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 4 recibirá garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento.

Artículo 8

1. Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

2. Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido.

3. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

4. A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5.

Artículo 9

1. Los Estados Partes se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a los delitos previstos en el artículo 4, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

2. Los Estados Partes cumplirán las obligaciones que les incumban en virtud del párrafo 1 del presente artículo de conformidad con los tratados de auxilio judicial mutuo que existan entre ellos.

Artículo 10

1. Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

2. Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.

Artículo 11

Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

Artículo 12

Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

Artículo 13

Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Artículo 14

1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

Artículo 15

Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

Artículo 16

1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión.

PARTE II

Artículo 17

1. Se constituirá un Comité contra la Tortura (denominado en lo que sigue el Comité), el cual desempeñará las funciones que se señalan más adelante. El Comité estará compuesto de diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, que ejercerán sus funciones a título personal. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa y la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.

2. Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada uno de los Estados Partes podrá designar una persona entre sus propios nacionales. Los Estados Partes tendrán presente la utilidad de designar personas que sean también miembros del Comité de Derechos Humanos establecido con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que estén dispuestas a prestar servicio en el Comité constituido con arreglo a la presente Convención.

3. Los miembros del Comité serán elegidos en reuniones bienales de los Estados Partes convocadas por el Secretario General de las Naciones Unidas. En estas reuniones, para las cuales formarán quórum dos tercios de los Estados Partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos cuatro meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándoles a que presenten sus candidaturas en un plazo de tres meses. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de todas las personas designadas de este modo, indicando los Estados Partes que las han designado, y la comunicará a los Estados Partes.

5. Los miembros del Comité serán elegidos por cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. No obstante, el mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección, el presidente de la reunión a que se hace referencia en el párrafo 3 del presente artículo designará por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

6. Si un miembro del Comité muere o renuncia o por cualquier otra causa no puede ya desempeñar sus funciones en el Comité, el Estado Parte que presentó su candidatura designará entre sus nacionales a otro experto para que desempeñe sus funciones durante el resto de su mandato, a reserva de la aprobación de la mayoría de los Estados Partes. Se considerará otorgada dicha aprobación a menos que la mitad o más de los Estados Partes respondan negativamente dentro de un plazo de seis semanas a contar del momento en que el Secretario General de las Naciones Unidas les comunique la candidatura propuesta.

7. Los Estados Partes sufragarán los gastos de los miembros del Comité mientras éstos desempeñen sus funciones.

Artículo 18

1. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años. Los miembros de la Mesa podrán ser reelegidos.

2. El Comité establecerá su propio reglamento, en el cual se dispondrá, entre otras cosas, que:

a) Seis miembros constituirán quórum;

b) Las decisiones del Comité se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud de la presente Convención.

4. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la primera reunión del Comité.

Después de su primera reunión, el Comité se reunirá en las ocasiones que se prevean en su reglamento.

5. Los Estados Partes serán responsables de los gastos que se efectúen en relación con la celebración de reuniones de los Estados Partes y del Comité, incluyendo el reembolso a las Naciones Unidas de cualesquiera gastos, tales como los de personal y los de servicios, que hagan las Naciones Unidas conforme al párrafo 3 del presente artículo.

Artículo 19

1. Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, los informes relativos a las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos que han contraído en virtud de la presente Convención, dentro del plazo del año siguiente a la entrada en vigor de la Convención en lo que respecta al Estado Parte interesado. A partir de entonces, los Estados Partes presentarán informes suplementarios cada cuatro años sobre cualquier nueva disposición que se haya adoptado, así como los demás informes que solicite el Comité.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá los informes a todos los Estados Partes.

3. Todo informe será examinado por el Comité, el cual podrá hacer los comentarios generales que considere oportunos y los transmitirá al Estado Parte interesado. El Estado Parte podrá responder al Comité con las observaciones que desee formular.

4. El Comité podrá, a su discreción, tomar la decisión de incluir cualquier comentario que haya formulado de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo, junto con las observaciones al respecto recibidas del Estado Parte interesado, en su informe anual presentado de conformidad con el artículo 24. Si lo solicitara el Estado Parte interesado, el Comité podrá también incluir copia del informe presentado en virtud del párrafo 1 del presente artículo.

Artículo 20

1. El Comité, si recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate.
2. Teniendo en cuenta todas las observaciones que haya presentado el Estado Parte de que se trate, así como cualquier otra información pertinente de que disponga, el Comité podrá, si decide que ello está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al Comité.
3. Si se hace una investigación conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité recabará la cooperación del Estado Parte de que se trate. De acuerdo con ese Estado Parte, tal investigación podrá incluir una visita a su territorio.
4. Después de examinar las conclusiones presentadas por el miembro o miembros conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité transmitirá las conclusiones al Estado Parte de que se trate, junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación.
5. Todas las actuaciones del Comité a las que se hace referencia en los párrafos 1 a 4 del presente artículo serán confidenciales y se recabará la cooperación del Estado Parte en todas las etapas de las actuaciones. Cuando se hayan concluido actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados de la investigación en el informe anual que presente conforme al artículo 24.

Artículo 21

1. Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención. Dichas comunicaciones sólo se podrán admitir y examinar conforme al procedimiento establecido en este artículo si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no tramitará de conformidad con este artículo ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones recibidas en virtud del presente artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:

a) Si un Estado Parte considera que otro Estado Parte no cumple las disposiciones de la presente Convención podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto;

b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados Partes interesados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de ambos Estados Partes interesados tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante notificación dirigida al Comité y al otro Estado;

c) El Comité conocerá de todo asunto que se le someta en virtud del presente artículo después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de la violación de la presente Convención;

d) El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo;

e) A reserva de las disposiciones del apartado c, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de las obligaciones establecidas en la presente Convención. A tal efecto, el Comité podrá designar, cuando proceda, una comisión especial de conciliación;

f) En todo asunto que se le someta en virtud del presente artículo, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el apartado b que faciliten cualquier información pertinente;

g) Los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el apartado b tendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente o por escrito, o de ambas maneras;

h) El Comité, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de recibo de notificación mencionada en el apartado b, presentará un informe en el cual:

i) Si se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el apartado e, se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada;

ii) Si no se ha llegado a ninguna solución con arreglo a lo dispuesto en el apartado e, se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados. En cada asunto se enviará el informe a los Estados Partes interesados.

2. Las disposiciones del presente artículo entrarán en vigor cuando cinco Estados Partes en la presente Convención hayan hecho las declaraciones a que se hace referencia en el apartado 1 de este artículo. Tales declaraciones serán depositadas por los Estados Partes en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia de las mismas a los demás Estados Partes. Toda declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General. Tal retiro no será obstáculo para que se examine cualquier asunto que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud de este artículo; no se admitirá en virtud de este artículo ninguna nueva comunicación de un Estado Parte una vez que el Secretario General haya recibido la notificación de retiro de la declaración, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

Artículo 22

1. Todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento, de conformidad con el presente artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de las disposiciones de la Convención. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración.

2. El Comité considerará inadmisibles toda comunicación recibida de conformidad con el presente artículo que sea anónima, o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho de presentar dichas comunicaciones o que sea incompatible con las disposiciones de la presente Convención.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2, el Comité señalará las comunicaciones que se le presenten de conformidad con este artículo a la atención del Estado Parte en la presente Convención que haya hecho una declaración conforme al párrafo 1 y respecto del cual se alegue que ha violado cualquier disposición de la Convención. Dentro de un plazo de seis meses, el Estado destinatario proporcionará al Comité explicaciones o declaraciones por escrito que aclaren el asunto y expongan, en su caso, la medida correcta que ese Estado haya adoptado.

4. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de conformidad con el presente artículo, a la luz de toda la información puesta a su disposición por la persona de que se trate, o en su nombre, y por el Estado Parte interesado.

5. El Comité no examinará ninguna comunicación de una persona, presentada de conformidad con este artículo, a menos que se haya cerciorado de que:

a) La misma cuestión no ha sido, ni está siendo, examinada según otro procedimiento de investigación o solución internacional;

b) La persona ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer; no se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de la violación de la presente Convención.

6. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo.

7. El Comité comunicará su parecer al Estado Parte interesado y a la persona de que se trate.

8. Las disposiciones del presente artículo entrarán en vigor cuando cinco Estados Partes en la presente Convención hayan hecho las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo 1 de este artículo. Tales declaraciones serán depositadas por los Estados Partes en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia de las mismas a los demás Estados Partes. Toda declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General. Tal retiro no será obstáculo para que se examine cualquier asunto que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud de este artículo; no se admitirá en virtud de este artículo ninguna nueva comunicación de una persona, o hecha en su nombre, una vez que el Secretario General haya recibido la notificación de retiro de la declaración, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

Artículo 23

Los miembros del Comité y los miembros de las comisiones especiales de conciliación designados conforme al apartado e del párrafo 1 del artículo 21 tendrán derecho a las facilidades, privilegios e inmunidades que se conceden a los expertos que desempeñan misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas.

Artículo 24

El Comité presentará un informe anual sobre sus actividades en virtud de la presente Convención a los Estados Partes y a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

PARTE III

Artículo 25

1. La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados.
2. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 26

La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 27

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Para cada Estado que ratifique la presente Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 28

1. Todo Estado podrá declarar, en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de la adhesión a ella, que no reconoce la competencia del Comité según se establece en el artículo 20.
2. Todo Estado Parte que haya formulado una reserva de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo podrá dejar sin efecto esta reserva en cualquier momento mediante notificación al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 29

1. Todo Estado Parte en la presente Convención podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio al menos de los Estados Partes se declara a favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará a una conferencia con los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes presentes y votantes en la conferencia será sometida por el Secretario General a todos los Estados Partes para su aceptación.

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando dos tercios de los Estados Partes en la presente Convención hayan notificado al Secretario General de las Naciones Unidas que la han aceptado de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 30

1. Las controversias que surjan entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado, en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 del presente artículo. Los demás Estados Partes no estarán obligados por dicho párrafo ante ningún Estado Parte que haya formulado dicha reserva.

3. Todo Estado Parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 31

1. Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

2. Dicha denuncia no eximirá al Estado Parte de las obligaciones que le impone la presente Convención con respecto a toda acción u omisión ocurrida antes de la fecha en que haya surtido efecto la denuncia, ni la denuncia entrañará tampoco la suspensión del examen de cualquier asunto que el Comité haya empezado a examinar antes de la fecha en que surta efecto la denuncia.

3. A partir de la fecha en que surta efecto la denuncia de un Estado Parte, el Comité no iniciará el examen de ningún nuevo asunto referente a ese Estado.

Artículo 32

El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a todos los Estados que hayan firmado la presente Convención o se hayan adherido a ella:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones con arreglo a los artículos 25 y 26;
- b) La fecha de entrada en vigor de la presente Convención con arreglo al artículo 27, y la fecha de entrada en vigor de las enmiendas con arreglo al artículo 29;
- c) Las denuncias con arreglo al artículo 31.

Artículo 33

1. La presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas remitirá copias certificadas de la presente Convención a todos los Estados.

El BID y el Centro de Derechos Humanos y Derecho Humanitario de la American University se complacen en publicar este trabajo cuyo objetivo es contribuir a que los miembros de las judicaturas nacionales conozcan, analicen y apliquen mejor las normas internacionales vigentes en materia de derechos humanos. Dichas normas son el catálogo básico de garantías fundamentales sobre las cuales se estructura cualquier democracia moderna. Sin dudas el adecuado cumplimiento de estas normas en América Latina proporcionará un ambiente más propicio para la superación de la pobreza, el crecimiento económico y la seguridad jurídica.

La dimensión internacional de los derechos humanos recoge fragmentos de sentencias, informes y opiniones de órganos internacionales de supervisión y de tribunales judiciales internos, así como apartes de escritos jurídicos de doctinantes en la materia. Se encuentra dividido en seis capítulos en los cuales se consideran los siguientes temas: las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno; la protección judicial y el derecho a un recurso efectivo; el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso; el derecho a la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales; y otros aspectos temáticos sobre la protección internacional de los derechos humanos, tales como: derechos de la mujer, derechos de las comunidades indígenas y derechos ambientales. Asimismo contiene dos anexos en los cuales se incluyen casos hipotéticos para ser utilizados en sesiones de entrenamiento e instrumentos internacionales sobre derechos humanos adoptados en el sistema universal y en el sistema interamericano.

DISEÑO DE PORTADA: LEILANY GARRON

ISBN: 1-886938-57-1



Banco Interamericano de Desarrollo
1300 New York Ave., N.W.
Washington, D.C. 20577

www.iadb.org



American University
4801 Massachusetts Ave. N.W.
Washington, D.C. 20016

www.wcl.american.edu