

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Hacia un Nuevo Convenio Latinoamericano de Derechos Humanos

Antonio de Cabo de la Vega

Quito - Ecuador
2015



Cabo, Antonio de

Hacia un nuevo Convenio Latinoamericano de Derechos Humanos / Antonio de Cabo de la Vega. 1ª ed.
Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2015. (Crítica y Derecho, 7)
410 p.: 15x21 cm.

ISBN: 978-9942-22-018-9

Número de Derecho de Autor IEPI: 047663

1. Derechos humanos -- América. 2. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). 3. Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. I. Título. II. Serie.

CDD21: 342.7

CDU: 342.7(7/8)

LC: KG574 .A6 C33 2015

Cutter-Sanborn: C116

Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado", Corte Constitucional del Ecuador.

Corte Constitucional del Ecuador Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire

Presidente de la Corte Constitucional

Fabián Soto Cordero

Director Ejecutivo del CEDEC (e)

Antonio de Cabo de la Vega

Autor

Edwin Madrid

Coordinación General

Jorge Chuquirma

Coordinador de Publicaciones del CEDEC (e)

Belén Bernal

Gisella Carrasco

Corrección de Estilo

Brayan Moreno

Daniel Cacuango

Diagramación y Diseño de Portada

Impresión: Ediciones Continente

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Av. 12 de Octubre N23-99

entre Wilson y Veintimilla, 4º piso

Telfs.: (593 2) 3941800 Ext. 2102 – 2104

Septiembre 2015

Quito – Ecuador

Marcos Criado de Diego

Francisco Palacios Romeo

Aniza García Morales

Gerardo Pisarello

Albert Noguera Fernández

Arminda Balbuena

Cisneros

Leonardo Filippini

Colaboradores

Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces y juezas de la Corte Constitucional del Ecuador. Se autoriza su utilización siempre que se cite la fuente.

Índice

Presentación	13
<i>Patricio Pazmiño Freire</i>	

CAPÍTULO I

Deficiencias, insuficiencias y defectos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

1. Planteamiento del problema y resumen ejecutivo: elementos y factores que aconsejan la redacción de una nueva convención para un nuevo sistema regional de protección de los derechos humanos.....	23
A. ¿Un contexto favorable a la transformación progresista del SIDH?: inadecuación a la problemática actual de los derechos humanos en la región y cuestionamiento por parte de los Estados	
1. La inadecuación del SIDH a la problemática actual de los derechos humanos en la región	30
2. El cuestionamiento del SIDH por parte de los Estados Parte en la Convención	34
B. Las deficiencias y lagunas sustantivas de la Convención y los instrumentos vinculantes del SIDH	
1. Deficiencias en la sistemática.....	42
2. Deficiencias conceptuales y/o de redacción	45
3. Lagunas	46
4. La insuficiencia del activismo judicial como método de corrección, adaptación y desarrollo del SIDH.	65
5. La insuficiencia de la estrategia procesal de conexión con los derechos civiles y políticos para rellenar las lagunas de supervisión relativa a la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC: la ausencia de una visión integral e interdependiente de los derechos humanos en SIDH.....	75
C. Las deficiencias formales, competenciales y procesales del sistema interamericano de derechos humanos	

1. El rol del SIDH: ¿potenciar el carácter subsidiario o intervencionista?....	82
2. Problemas de acceso al SIDH	83
3. Problemas de transparencia, imparcialidad y participación en la selección de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos	88
4. La ausencia de mecanismos de supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana.....	90
5. La sobrecarga de funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el problema de su politización	91

CAPÍTULO II

Fuentes de referencia para la elaboración de una Nueva Convención Latinoamericana de Derechos Humanos

1. Generalidades sobre el sistema de fuentes. Tipologías y categorías	101
1.1. Tipologías de las fuentes	101
1.2. Categorías o subsistemas.....	103
2. Fuentes.....	108
2.1. Las fuentes institucionales normativas internacionales	108
2.2. Constitucionalismo de tercera generación.....	133
2.3. Fuentes institucionales orgánicas	135
2.4. Fuentes no institucionales, organizaciones ius-humanistas & experticias.....	140
2.5. Propuestas “ex novo”	142

CAPÍTULO III

Justificación de la Parte I de la nueva propuesta de Convención: Deberes, Obligaciones e Interpretación

1. Deberes y obligaciones	145
2. Obligaciones de los Estados	145
3. Deberes de los ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte.....	150
4. Interpretación y aplicación: indivisibilidad, progresividad, prohibición de de regresividad, cláusula abierta en el reconocimiento de derechos y universalidad de los derechos	152
a) Principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos.....	152

b) Prohibición de regresividad de los derechos.....	154
c) El principio de cláusula abierta en el reconocimiento de derechos.....	155
d) El principio de universalidad de los derechos.....	156
e) El principio de progresividad y medidas para condicionar la actuación de los poderes de los Estados miembros.....	157
5. Suspensión de aplicación de la Convención.....	160

CAPÍTULO IV

Justificación de la Parte II de la Nueva Propuesta de Convención: Derechos reconocidos

1. Dignidad humana	163
2. Satisfacción de necesidades.....	166
3. Libertad como autonomía.....	169
4. Participación	170
5. Igualdad, no discriminación, pluralismo y diversidad.....	171
6. Derecho a la vida	173
7. Derecho a la identidad	176
8. Derecho a la familia.....	177
9. Integridad personal.....	178
10. Libertad y seguridad personales	182
11. Derecho a la tutela judicial efectiva.....	186
12. Principio de legalidad sancionatoria	191
13. Libertad de pensamiento, conciencia y religión.....	192
14. Libertad de expresión e información y derecho al conocimiento.....	195
15. Derechos a la intimidad, honra y propia imagen	198
16. Derecho de reunión.....	199
17. Derecho de asociación.....	200
18. Derechos de participación.....	203
19. Derechos de circulación, residencia y asilo.....	209
20. Derecho de propiedad	213
21. Derecho a la asistencia sanitaria.....	214
22. Derecho a la educación.....	220
23. Derecho a la vivienda.....	221
24. Derechos vinculados al trabajo (trabajo, salario mínimo, seguridad social, prestación por desempleo, jubilación, indemnización por despido, vacaciones pagadas, sindicación, negociación colectiva, huelga, cobertura por enfermedad)	224

25. Derecho a una renta básica	225
26. Iniciativas de economía social cooperativa y acceso al sistema crediticio público	226
27. Derecho a los servicios públicos básicos y servicios públicos de comunicación esencial.....	227
28. Consumidores y usuarios.....	228
29. Los derechos colectivos de los pueblos y naciones indígenas.....	229
30. Derecho a un medio ambiente sano y reconocimiento de los derechos de la naturaleza.....	234
31. Derecho a la seguridad nacional económica comercial	237
32. Derecho a la paz	238

CAPÍTULO V

Justificación de la Parte III de la Nueva Propuesta de Convención: Órganos de garantía y funcionamiento

1. El papel de la Comisión y de la Corte: articulación entre las funciones judiciales y políticas en la protección y promoción de los derechos humanos.....	243
1.1. La judicialización del sistema y la posición procesal de la Comisión.....	244
1.2. Las labores de cooperación técnica y de promoción de los derechos humanos	255
1.3. Justificación del articulado propuesto.....	260
2. La legitimidad activa y pasiva en el procedimiento.....	271
2.1. La legitimidad activa ante la Corte de Derechos Humanos: el principio de personalidad y reconocimiento de los nuevos sujetos colectivos informales	271
2.2. La legitimidad pasiva ante la Corte de Derechos Humanos: la posibilidad de juzgar a terceros privados	273
2.3. Extraterritorialidad y <i>Drittwirkung</i> como grandes novedades respecto el actual Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	280
3. Otras novedades: el sistema de indicadores de derechos humanos y los informes especiales.....	282
3.1. El establecimiento de un sistema de indicadores objetivos de cumplimiento de los derechos humanos basado en tres áreas de impacto	282
4. La emisión de informes especiales.....	285

CAPÍTULO VI

Justificación de la transversalización de Especiales Categorías de Sujetos realizada en la Propuesta de Convención

1. Cautelas metodológicas.....	289
2. El reto de la transversalización con equidad.....	291
3. Instrumentos y técnicas de transversalización utilizadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	294
4. Justificación concreta de las medidas de transversalización.....	298
4.1. Obligaciones Generales de los Estados	298
4.2. Obligaciones Específicas de los Estados	302
4.3. Normas generales de interpretación y aplicación.....	303
4.4. Dignidad humana	303
4.5. Diversidad y pluralismo	303
4.6. Igualdad.....	305
4.7. Derecho a la vida	307
4.8. Derecho a la identidad: la identidad de los niños y el reconocimiento de la identidad sexual y el cambio de sexo como derecho. ¿La transexualidad como cuestión de salud o de identidad?	307
4.9. Derecho a la familia: el reconocimiento de las múltiples formas de familia, la adopción de niños o niños por parte de parejas de un mismo sexo y la ruptura de la división espacio-género.....	309
4.10. Derecho a la integridad	315
4.11. Libertad y seguridad personales	316
4.12. Desaparición forzada	317
4.13. Derecho a la tutela judicial efectiva	317
4.14. Principio de legalidad sancionatoria	318
4.15. Libertad de pensamiento, conciencia y religión.....	318
4.16. Libertad de expresión e información y derecho al conocimiento	319
4.17. Derechos de participación	320
4.18. Derechos de circulación, residencia y asilo	321
4.19. Derecho de propiedad.....	322
4.20. Derecho a la salud	322
4.21. La desvinculación entre derechos sociales y trabajo-salario y su ampliación a las múltiples formas de trabajo y los grupos sociales vulnerables: la renta básica	322

4.22. Derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y participar plenamente en los diferentes aspectos de la vida	325
4.23. El reconocimiento explícito de derechos laborales específicos de las mujeres.....	325
4.24. Derechos de los pueblos y naciones indígenas y la limitación del sistema punitivo indígena.	327
4.25. Composición de la Corte de Derechos Humanos	328
4.26. Formaciones de la Corte de Derechos Humanos	329
4.27. Composición de la Comisión	329
4.28. Comités de Apoyo y Seguimiento.....	329
4.29. Funciones de los Comités de Apoyo y Seguimiento.....	330
4.30. Procedimiento de admisión	330

CAPÍTULO VII

Propuesta de articulado de Convención Latinoamericana de Derechos Humanos

Parte I: deberes, obligaciones e interpretación	335
Parte II: derechos reconocidos	341
Parte III: órganos de garantía y funcionamiento	377
Bibliografía	395
Autor	399
Colaboradores.....	403
Jueces y juezas.....	407

Presentación

El trabajo de Antonio de Cabo de la Vega que la Corte Constitucional del Ecuador, a través de su Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), publica es el resultado final de un ambicioso proyecto en el que han concurrido muchos y diferentes esfuerzos. Parece imprescindible, pues, para entender esta obra, hacer, en primer lugar, un pequeño recorrido de su proceso formativo.

Los doctores Antonio de Cabo de la Vega (PhD, Universidad Complutense de Madrid) y Roberto Viciano Pastor (PhD, Universidad de Valencia) propusieron, en diciembre de 2013, al CEDEC la realización de un proyecto de investigación en torno a las limitaciones del actual Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a las posibles vías para su superación.

Dicho proyecto involucraba una serie de elementos concatenados para su realización efectiva. Una vez aprobado –y en cumplimiento de lo allí previsto–, se procedió a solicitar la presencia en la Corte de dos becarios Prometeo (los doctores Marcos Criado de Diego, PhD, de la Universidad de Extremadura, y Francisco Palacios Romeo, PhD, de la Universidad de Zaragoza), con financiación de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT), para la realización, a lo largo del 2014, de sendas investigaciones tituladas, respectivamente: “Levantamiento de las bases de un Convenio para la adopción de un nuevo sistema internacional de protección de derechos” y “La aplicabilidad del principio de supremacía constitucional en el control de constitucionalidad de las sentencias de la justicia indígena frente a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”. La primera debía constituirse en el punto de partida material de la investigación, la segunda, aunque inicialmente sólo colateralmente relacionada, terminaría también por integrarse al proyecto global en sus dimensiones de análisis multicultural y desde una perspectiva indígena.

Simultáneamente, se buscaron aportes desde las organizaciones ecuatorianas dedicadas a la defensa y promoción de los derechos fundamentales. Aportes que se concretaron en la realización por parte de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos (APDH) de una amplia consultoría con la participación de diferentes expertos en la materia.

En concreto, la doctora Aniza García Morales (PhD, Instituto Complutense de Estudios Jurídicos Críticos, UCM) se ocupó del estudio de “Las limitaciones del actual sistema interamericano de derechos humanos”, es decir, del estudio

de las dimensiones políticas y jurídicas del problema “señalando las deficiencias sustantivas y las insuficiencias procesales de la Declaración y de la Convención, e identificando “las iniciativas y proyectos existentes para su reforma, así como las fuentes normativas y de *soft-law* que pudieran constituir la base para un renovado sistema de Derechos Humanos para Latinoamérica”.

Igualmente, la doctora García Morales se encargó de la composición de un estudio sobre las posibilidades de “redacción de una nueva convención de derechos humanos para Latinoamérica (parte sustantiva)”.

Por su parte, el doctor Leonardo Filippini (MSc, Universidad de Buenos Aires) procedió a la elaboración de un estudio sobre propuestas de “redacción de una nueva convención de derechos humanos para Latinoamérica (parte procesal)”.

Con estas cuatro aportaciones (las del doctor Marcos Criado de Diego y las tres citadas de la APDH) se redactó un primer borrador de informe sobre limitaciones del SIDH y posibles soluciones a las mismas.

Sobre dicho borrador se aplicó el estudio de la doctora Arminda Balbuena Cisneros (PhD, Universidad de Guanajuato) que tenía como objetivo transversalizar los enfoques de género, niños, ancianos, LGBTI, indígenas, naturaleza, minusválidos, colectivos vulnerables y migrantes en sus dimensiones sustantivas, orgánicas y procesales. La idea era que dichas perspectivas no aparecieran como añadidos o capítulos aislados, sino atravesando el conjunto de las críticas y, sobre todo, de las propuestas.

Incorporadas dichas observaciones, más las que se derivaban del estudio del doctor Francisco Palacios Romeo, antes citado, se redactó un segundo borrador de informe sobre limitaciones del SIDH y posibles soluciones a las mismas. Borrador que, a su vez, se ofreció a revisión a otros dos expertos, en concreto, a los doctores Gerardo Pisarello Prados (PhD, Universitat de Barcelona) y Albert Noguera Fernández (PhD, Universidad de Valencia).

A partir de sus aportaciones críticas al trabajo hasta entonces realizado, se procedió a la elaboración, por parte del doctor Antonio de Cabo de la Vega, de la versión final que el lector tiene ahora en sus manos.

Aclarado, pues, el *íter* de elaboración de esta obra, me gustaría hacer algunas observaciones sobre sus presupuestos y sobre su contenido.

Esta investigación parte de la constatación de que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto por las fechas de su configuración, como por su posterior evolución, se corresponde, básicamente, con un paradigma del derecho que resulta, en primer lugar, relativamente disonante con el reciente constitucionalismo latinoamericano democrático; que, en segundo lugar, no ha seguido las evoluciones más recientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que, en tercer lugar, padece de ciertos problemas

de integración de sus propias normas, como consecuencia de la adición de protocolos, reformas y jurisprudencias interpretativas de diferente tipo.

Por lo que se refiere al paradigma de los derechos del constitucionalismo latinoamericano reciente (Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia [...])¹ es innegable que se sitúa a la cabeza mundial en el reconocimiento y protección de los derechos humanos. Estos avances pueden resumirse, al menos, en las siguientes áreas:

En cuanto a los valores y principios constitucionales, las constituciones latinoamericanas reconocen, ahora, la composición pluricultural de los pueblos, proclaman los valores de la democracia participativa, y los principios de igualdad, solidaridad y justicia social. Estos valores y principios constitucionales actúan, por un lado, como fines (políticos) del ordenamiento supremo (dimensión objetiva), pero determinan, igualmente, el contenido de los derechos fundamentales (dimensión subjetiva), dando cuenta del carácter normativo del texto.

En lo que se refiere al catálogo de derechos constitucionales, el nuevo constitucionalismo latinoamericano presenta avances en varios sentidos. Por un lado, el catálogo de derechos es más amplio e incluye, de manera expresa, a los Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (DESCA). Así, por ejemplo, junto a algunos derechos de contenido social ya consagrados incluso en las constituciones de corte liberal (como el derecho al trabajo o la educación), se incorporan y desarrollan con cierta amplitud otros derechos como el derecho a la vivienda, a la salud, a la alimentación, al agua, al saneamiento, al medio ambiente o a la cultura.

Además, la clasificación de los derechos, incluidos en esos catálogos, no responde ya a la concepción liberal, en el sentido de establecer grupos estancos con distinta jerarquía, sino que los entiende como un todo ordenado a la satisfacción de diferentes necesidades humanas interconectadas.

Otra importante innovación, son las llamadas “cláusulas de apertura”, en virtud de las cuales es posible extender la protección a otros derechos no comprendidos en la enumeración constitucional, pero que, igualmente, se fundamentan en la dignidad humana. En otras palabras, se trata de conceder a las declaraciones constitucionales de derechos un carácter no taxativo, y habilitar su ampliación más allá de lo expresamente contenido en el texto constitucional, lo que facilita su adaptación a los avances del DIDH.

1 Véase la completa y actualizada exposición del tema en Aniza García, *Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) como derechos exigibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015, que aquí se toma como referencia.

También, se incorporan a los pueblos originarios como nuevos sujetos constitucionales, y se les reconocen derechos colectivos, o bien el ejercicio colectivo de ciertos derechos. Ello implica el reconocimiento de las propias comunidades y de paradigmas culturales históricamente excluidos. Y también, supone, favorecer para que estos pueblos puedan seguir reproduciendo formas de vida indisolublemente ligadas a su identidad.

Otro rasgo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, es la profundización del principio de igualdad vinculado al reconocimiento y ejercicio de (todos) los derechos, en los términos desarrollados por el DIDH; ello implica, tanto la prohibición de discriminación, como el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger de forma prioritaria a los grupos sociales más vulnerables y, en particular, aquellos en situación de vulnerabilidad múltiple. Así, los textos constitucionales además de establecer con amplitud la prohibición de discriminación, hacen referencia expresa a los derechos –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales– (o las especiales condiciones de ejercicio por parte) de las mujeres (particularmente las mujeres embarazadas y las cabeza de familia), niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, población desplazada o personas privadas de libertad.

En cuanto a las normas constitucionales de aplicación de los derechos, además de un reconocimiento más amplio y sistemático de los derechos, el nuevo constitucionalismo latinoamericano incorpora una serie de normas que aseguran una aplicación más eficaz y garantista de los mismos. Cabe destacar que tampoco estas normas hacen distinción alguna entre diferentes grupos de derechos, en plena sintonía con el DIDH.

Desde el punto de vista de la recepción de las normas internacionales se establece, en algunos casos, la prevalencia de los tratados de derechos humanos en el orden interno; es decir, reconocen que puede prevalecer el DIDH frente al ordenamiento nacional. También, se inclinan por la interpretación más favorable de los derechos, en consonancia con el DIDH, para brindar la protección más amplia.

La incorporación expresa de los principios de indivisibilidad, interdependencia, progresividad y no regresividad representa un avance, especialmente importante, para los DESCAs. Reconocer indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos, supone integrar definitivamente a los DESCAs en el catálogo de derechos constitucionales fundamentales, con todas sus consecuencias en cuanto a su aplicabilidad y exigibilidad.

La optimización de los derechos pasa, necesariamente, por su directa e inmediata aplicación. Nuevamente, la integración de este principio en los sistemas constitucionales, sin hacer distinción alguna entre derechos, da cuenta

de que no existen diferencias estructurales entre unos y otros, sino que todos presentan dimensiones de posible aplicación directa.

La llamada eficacia horizontal de los derechos; es decir, su potencial oposición frente a terceros, constituye un elemento fundamental para su garantía en el marco de un orden mundial en el que –si bien los Estados siguen siendo los responsables primarios de su plena vigencia–, se multiplican las situaciones en las cuales los derechos pueden verse afectados por acciones u omisiones de otros particulares, por ejemplo, cuando éstos tienen bajo su control bienes y servicios de interés público, vinculados con la satisfacción de los derechos.

También es condición esencial, para la optimización de los derechos, la existencia de mecanismos de participación activa, oportuna y efectiva de la ciudadanía. Se trata de otra manifestación de los atributos de indivisibilidad e interdependencia; si no están plenamente vigentes los derechos políticos –y habilitados los espacios de participación democrática–, difícilmente puede haber un ejercicio eficaz de los derechos civiles, económicos, sociales, culturales y ambientales.

Frente a esta realidad, desde hace años, se vienen señalando, tanto desde dentro (pensemos en los votos particulares de Cançado Trindade) como desde fuera del propio sistema, las limitaciones de la orientación general de la Carta (individualista, monocultural, androcéntrica, etc.), de las posibilidades de denuncias individuales (sólo parcialmente salvadas con el Protocolo de San Salvador), en relación con las acciones colectivas, con el filtro de la CIDH, con los requisitos de admisibilidad y con la forma (burocrática, procedimentalista, etc.) de la tramitación de las quejas, con los procedimientos de ejecución de sentencias, con la forma de financiación, etc.

¿Cuál es el reto que se proponía esta investigación? En primer lugar, hacer un catálogo, lo más exhaustivo posible, de las diferentes limitaciones o patologías que se han ido descubriendo en el sistema, así como de las diferentes propuestas (internas y externas) que se han hecho para su mejora.

En segundo lugar, tratar de enriquecer el sistema con las aportaciones provenientes de tres orígenes. Por un lado, las del constitucionalismo latino más reciente que acabamos de apuntar. Por otro, las que surgen del trabajo de los diferentes organismos de derechos humanos en el ámbito internacional, ya sea que éstas se hayan plasmado en Tratados o Convenciones o que estén todavía en fase de estudio, propuesta o como *soft-law*. Por último, las que se derivan de la propia evolución del Sistema Interamericano.

El resultado final es una obra dividida en siete partes que sigue guardan la siguiente estructura:

En la primera, se abordan las deficiencias, insuficiencias y defectos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, tanto las que se refieren a la Convención y al resto de instrumentos vinculantes del SIDH, como las que se derivan de cuestiones formales, competenciales y procesales, incluyendo también un estudio de los cuestionamientos, unos políticos, otros jurídicos, que diferentes Estados parte (o que fueran parte) del Sistema han puesto sobre la mesa en diferentes ocasiones.

En la segunda, se enumeran y clasifican las fuentes de referencia que habría que tomar en consideración a la hora de plantearse una actualización del SIDH, tales como las nuevas constituciones o los nuevos Tratados y Convenios, así como también las que se derivan de propuestas de expertos u organizaciones de la sociedad civil.

Las partes tres a la seis, no son otra cosa que la justificación de la propuesta final. Es decir, partiendo del análisis de los defectos encontrados y de las fuentes de las que obtener inspiración para su superación, se van desgranando los razonamientos concretos que explican las sugerencias de cambio.

Puntualmente, la parte tres se refiere a la justificación de los cambios en materia de deberes y obligaciones de los estados, así como de los criterios de interpretación de los derechos reconocidos, con un inciso final sobre las condiciones de suspensión de la Convención.

En la parte cuarta se justifica tanto la sistemática, como la nómina de los derechos cuyo reconocimiento se propone, así como las razones que apoyan la concreta enunciación de cada uno de ellos. Se incluyen aquí tanto derechos clásicos, como otros de más reciente individualización.

La quinta parte se dedica a la justificación de la propuesta en lo relativo a los órganos de garantía y a las propuestas de funcionamiento, es decir, a su parte orgánico-procesal.

En la sexta se concluye esta tarea de justificación con la explicación de las estrategias adoptadas con vistas a la transversalización de los enfoques de género, niños, ancianos, LGBTI, indígenas, naturaleza, minusválidos, colectivos vulnerables y migrantes, tanto en la parte sustantiva como en la procesal, así como de la específica plasmación de estos enfoques en el articulado propuesto.

La parte séptima, precisamente, contiene una propuesta de articulado dividida en tres rubros: deberes, obligaciones e interpretación; derechos reconocidos; y órganos de garantía y funcionamiento.

Naturalmente, se trata de un ejercicio académico que, por un lado, no toma en consideración las posibles dificultades de orden político, diplomático o mediático que un proyecto así necesariamente experimentaría. Ni hace referencia, tampoco, a cuestiones de oportunidad temporal o de financiación.

Al contrario, se parte de un escenario ideal de absoluta falta de constricciones materiales para proponer lo que, a juicio de los autores, sería una propuesta de máximos en cuanto a transformación del sistema.

Igualmente, como se deduce de lo que se acaba de expresar, esta propuesta, en su forma final, lo es de su autor, no del CEDEC ni de la Corte Constitucional, que se limitan a ofrecer al público interesado este detallado trabajo analítico-propositivo, para contribuir al debate más general sobre las condiciones de funcionamiento del SIDH y sobre la oportunidad de su reforma.

Debate oportuno y que es obligación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) difundirlo porque permanece atento a las necesidades e inquietudes de la sociedad ecuatoriana a la que debe servir. En este sentido, no cabe ignorar que la República del Ecuador viene liderando, en diferentes foros y a través de los correspondientes agentes estatales, diversas propuestas de reforma y mejora del SIDH, habiendo demostrado, como Estado, un creciente interés en la marcha del mismo y una decidida voluntad de incrementar su presencia e involucramiento.

Es, pues, en este espíritu de contribuir al debate académico, siempre orientado a las necesidades y objetivos del país, y dentro de los lineamientos del *sumak kausay* en un Estado de derechos y justicia, que se ofrece al lector este profundo estudio sobre el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador
Quito, 15 de septiembre de 2015

CAPÍTULO I

**Deficiencias, insuficiencias y defectos del Sistema
Interamericano de Protección de los Derechos
Humanos**

I. DEFICIENCIAS, INSUFICIENCIAS Y DEFECTOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Planteamiento del problema y resumen ejecutivo: elementos y factores que aconsejan la redacción de una nueva convención para un nuevo Sistema Regional de protección de los Derechos Humanos

La tesis fundamental que se sostiene en este trabajo es que las deficiencias, insuficiencias y defectos del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (SIDH, en lo sucesivo) requieren, bien una reforma en profundidad del actual sistema, bien su sustitución por uno nuevo que, recogiendo los indudables logros del sistema anterior y corrigiendo sus numerosos defectos, integren la región en el paradigma actual de protección de los derechos humanos, permita dar respuestas efectivas a los problemas que contemporáneamente plantea su garantía y defensa, así como contribuir a la consolidación y desarrollo de la democracia en los Estados. Las dificultades políticas, de coyuntura o de implementación de una u otra opción no son materia del presente informe, que se centra exclusivamente en la problemática jurídica, aunque sin duda deberán ser tenidas en cuenta a la hora de valorar ambas opciones.

Las deficiencias, insuficiencias y defectos pueden resumirse en tres grandes bloques interconectados entre sí:

- A. *Desde un punto de vista contextual*, el SIDH se pensó originalmente, en lo político, como un mecanismo de denuncia y descrédito internacional de las dictaduras de la región y, en lo jurisdiccional, como un instrumento de consolidación de los procesos transicionales a la democracia. El supuesto general que está detrás del diseño del sistema es el de la violación masiva y sistemática de los derechos humanos por parte de Estados ideológica e institucionalmente organizados para hacerlo. La problemática actual de la región no es la de las dictaduras, sino la de Estados formalmente democráticos, pero con importantes déficits institucionales: es decir, la problemática de la consolidación y profundización de la democracia.
- A.1. Estos déficits institucionales suponen directamente la exclusión o la franca obstaculización de la integración en los procesos políticos decisionales, del acceso a la justicia y a la protección social de amplios sectores de la población que ven negados sus derechos porque no pueden determinar las decisiones

políticas encaminadas a darles efectividad ni acceder a mecanismos incisivos de reconocimiento y reparación. Esta situación provoca que sea cada vez más difícil encuadrar los casos de violación o desconocimiento de derechos en las formas jurídicas tradicionales preestablecidas porque, en realidad, no se produce la violación de un derecho concreto y fácilmente individuable en categorías previas, sino el desconocimiento de conjuntos de derechos interconectados entre sí y cuya eficacia sólo puede valorarse conjuntamente (no existe participación política real sin mecanismos efectivos de protección social que garanticen la autonomía; no hay libertad de pensamiento sin acceso a la educación etc.).

Dicho de otro modo, la violación masiva de los derechos humanos en la región (que se sigue dando) no se produce tanto o en mayor medida por *acciones* criminales de los agentes del estado, sino por *déficits* y *omisiones* del sistema jurídico e institucional en su conjunto. Un sistema regional de protección de los derechos humanos pensado para el primer supuesto y que en la práctica ha dirigido la mayor parte de su acción a la protección de los derechos humanos en un contexto penal (no en vano, el SIDH es el que más lejos ha llegado en la relativización de las garantías penales de los perpetradores de violaciones masivas de los derechos humanos como instrumento necesario para satisfacer los derechos de las víctimas), es incapaz de proteger adecuadamente los derechos humanos en el segundo supuesto, que queda fuera del contexto penal.

- A.2. Los déficits institucionales provocan también que, aunque en última instancia la violación de los derechos humanos sea imputable al Estado por carecer de mecanismos domésticos adecuados para su reparación o por el mal funcionamiento de los mismos, lo cierto es que, en primera instancia, muchas de las violaciones contemporáneas de los derechos humanos en la región vienen causadas por actores privados con poder económico e institucional, de suerte que el Estado debe asumir la responsabilidad derivada de acciones que, directa y originalmente, no son imputables a sus agentes y funcionarios. Ello aboga por una reconsideración del equilibrio entre la consideración del Estado como responsable directo de la violación de los derechos humanos y el desarrollo contemporáneo de la eficacia horizontal de los derechos y de la responsabilidad de los privados en su desconocimiento y violación.
- A.3. Se está produciendo una evolución del SIDH desde la configuración específica y diferenciada que la práctica del enjuiciamiento de violaciones masivas de los derechos humanos por desapariciones forzadas y torturas le había dado, hacia una configuración más cercana a al Sistema Europeo.

Ello puede verse tanto en lo procesal (con la consolidación de la doctrina de la “cuarta instancia”, la reducción de la aplicación de la excepción a la regla de admisibilidad de agotamiento de los recursos internos, la progresiva diferenciación entre las etapas de admisión y enjuiciamiento del fondo del asunto en la CIDH y el endurecimiento de la subsunción en derechos reconocidos por la Convención como regla de admisibilidad), como en lo substantivo (aplicación de la doctrina del margen de apreciación y la deferencia hacia los Estados en *Mémoli vs. Argentina*). Aunque esta evolución todavía no ha provocado que las inadmisiones sistemáticas sean muy superiores a las admisiones (como ocurre en el Sistema Europeo), sí apunta en esa dirección.

El presupuesto que está detrás de la configuración del Sistema Europeo es que los casos de violación de los derechos humanos que requiere la intervención del juez internacional son excepcionales, porque los sistemas institucionales internos tienen un diseño y una práctica idóneos para remediar internamente los casos. Este diagnóstico merece ser puesto seriamente en duda ante el desconocimiento sistemático de derechos humanos que la gestión de la crisis financiera y la represión de la contestación está provocando en Europa, pero desde luego es absolutamente falso como diagnóstico de la situación en América Latina, como se explica en A.1.

- A.4. Son varios los Estados Parte que, en los últimos años, han denunciado la politización, la arbitrariedad y la falta de seguridad jurídica del SIDH, instando procesos de reforma con la amenaza de abandono que lo han puesto en una situación de crisis sin precedentes que, curiosamente, se llama oficialmente como proceso de *fortalecimiento* del SIDH. En este contexto debe situarse la aprobación por la Asamblea General de la OEA, el 5 de junio de 2012, de la resolución AG/RES. 2761 (XLII-O/12) titulada “Seguimiento de las Recomendaciones del “Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”¹, que guía del actual proceso de reforma en que se encuentra inmerso el SIDH. Tanto el contexto político como el contenido del Informe del Grupo de Reflexión, revelan que el SIDH ha perdido buena parte de la legitimidad ganada en la desestabilización de las dictaduras y el acompañamiento a los procesos transicionales en la región.

1 AG/doc.5329/12 “Declaraciones y Resoluciones Aprobadas por la Asamblea General”, página 261, disponible en http://scm.oas.org/42AG/Documentos/VOL_SPA.doc.

B. *Las deficiencias y lagunas substantivas de la Convención y los instrumentos vinculantes del SIDH*

- B.1. *Deficiencias en la sistemática.* La Convención presenta una sistemática muy defectuosa en el reconocimiento, ordenación y regulación de los derechos humanos en ella recogidos. Estas deficiencias pueden encontrarse en el orden en el que se recogen los derechos (por ejemplo, si lo recomendable es que la dignidad humana y la igualdad, como fundamento y fin de los derechos humanos, encabecen las declaraciones de derechos, en la Convención la dignidad no aparece sino relacionada con ciertos derechos, como la integridad personal del art. 5, o la honra del art. 11, mientras que la igualdad no se menciona hasta el art. 24); en la fragmentación arbitraria de ámbitos materiales de protección (como es el caso de las “Garantías judiciales” del art. 8 y de la “Protección judicial” del art. 25, cuyo carácter interrelacionado ha sido insistentemente declarado en los votos particulares del juez Cañado Trindade, o la dispersión de los distintos aspectos que integran la legalidad penal como derecho humano); en la distinción en la Parte I entre “Deberes de los Estados y derechos protegidos”, con un Capítulo I dedicado a la “Enumeración de deberes”, como si las disposiciones que establecen derechos no fueran también obligaciones de los Estados; en el mantenimiento de la distinción entre “Derechos civiles y políticos” y “Derechos económicos, sociales y culturales” que ya están superados por la dogmática del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; o en la admisión de límites y excepciones al ejercicio de determinados derechos que no sólo son manifiestamente contrarios a los estándares internacionales, sino a otros derechos reconocidos en la propia convención, como es la posibilidad de “reglamentar” el derecho de sufragio activo y pasivo por razones de “instrucción” y “capacidad civil” (art. 23.2).
- B.2. *Deficiencias conceptuales y/o de redacción.* En primer lugar, una deficiente incorporación del concepto de dignidad humana. La dignidad humana es un concepto esencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por cuanto, de una parte, es el fundamento del reconocimiento jurídico de límites y obligaciones al estado y de ámbitos de protección; de otra, porque siendo indivisible, la protección que le otorgan los derechos es igualmente indivisible; y, por último, porque a través de ella se define un concepto mínimo de derechos que no están ligados a la ciudadanía y que, por tanto, no pueden ser desconocidos a ninguna persona en ningún lugar que se encuentre e independientemente de la nacionalidad que ostente. La dignidad aparece mencionada en unos artículos y en otros no, como si ciertos ámbitos de protección sí estuvieran directamente vinculados con ella

y otros no, cuando todos ellos existen y se justifican por la protección de la dignidad humana. En otros casos, directamente se excluye la dignidad humana de la formulación de derechos, como es el caso del art. 22 que no reconoce el derecho de circulación a los seres humanos, sino a los que se hallen “legalmente en el territorio de un Estado”, exceptuando del ámbito de protección a los inmigrantes irregulares, o el art. 23.2. También hay una deficiente conceptualización del derecho a la vida del art. 4, que se relaciona casi exclusivamente con la pena de muerte (a la que se dedican la totalidad de los numerales del artículo, salvo el primero), no apareciendo otros ámbitos directamente relacionados con el derecho a la vida como el de las necesidades materiales y los mínimos vitales de existencia digna. Existen contradicciones, como la del art. 6 que en una frase prohíbe el trabajo forzoso y obligatorio y en la siguiente lo admite como ejecución de una condena penal. Existen excepciones excesivamente vagas a prohibiciones, como las “obligaciones cívicas normales” del art. 6.3.d), la “moral pública” de los arts. 13.2.b), 15, 16 y 22.3, la “protección moral de la infancia y la adolescencia” del art. 13.4. Existen artículos vacíos de contenido, como el art. 19. Hay conceptos que no se entienden, como las “condiciones *generales* de igualdad” en el acceso a las funciones públicas del art. 23.1.c). También se da una confusión entre la reserva de ley como garantía para la protección de los derechos humanos, propia del ámbito internacional, y la adopción de ciertas regulaciones en la Convención más propias de una constitución, como las habilitaciones al legislador (arts. 21.1 y 22.4) o los mandatos al legislador (art. 17.5). Las convenciones internacionales establecen el contenido obligatorio y justiciable de los derechos, que debe ser respetado hasta por el propio legislador y, dentro de él, la obligación de que ciertos límites admitidos a los derechos reconocidos deban regularse por ley, pero ni manda ni habilita a los poderes del Estado, que sólo puede ser realizado por la constitución, sino que establecen los elementos de incumplimiento del estado. Hay declaraciones de contenido estrictamente ideológico y no jurídico, como que la familia es el elemento “natural” de la sociedad (art. 17.1).

- B.3. *Lagunas*. Se aprecia la existencia de lagunas normativas, de aplicación, de supervisión, de implementación y de ratificación. Existen muchos derechos reconocidos en los Tratados del Sistema de Naciones Unidas, en la propia jurisprudencia de la Corte IDH o que se consideran y se aplican como tales en la práctica jurídica internacional, que no están positivizados en la Convención. Por ejemplo, entre las garantías judiciales no se menciona el derecho al juez natural predeterminado por la ley ni la prohibición de las

jurisdicciones especiales; entre los derechos del art. 11, no se protege el derecho a la propia imagen; en los derechos del art. 13, no existe mención alguna a la cláusula de conciencia de los periodistas, ni a la igualdad de acceso a los medios de comunicación; no se declara la función social de la propiedad, sino que se faculta a la ley para hacerlo, del mismo modo que no se prohíbe la usura, sino que se mandata a la ley para hacerlo (art. 21.1 y 3); en el art. 24, no se recoge la igualdad material, como criterio para establecer la discriminación cuando, ante situaciones desiguales, se da una legislación formalmente igual, ni las acciones positivas; no existe el derecho a la negociación colectiva ni a medidas de conflicto colectivo distintas de la huelga; no existen derechos de colectivos indígenas [...] Sólo parcialmente se han llenado estas lagunas a través del Protocolo de San Salvador y las Convenciones específicas. Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas está por debajo de las garantías y los estándares de la Convención Internacional realizada en el ámbito de Naciones Unidas.

- B.4. *Insuficiencia del activismo judicial como método para remediar deficiencias y lagunas.* Más que las (pocas) convenciones parciales, el método que se ha empleado para ampliar, enriquecer y corregir las múltiples deficiencias técnicas de la Convención ha sido un intenso activismo judicial, particularmente entre los años 1999 y 2007. Este intenso activismo judicial pone de manifiesto las muchas insuficiencias de la Convención respecto a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por sí sólo aconsejaría un nuevo texto internacional. Pero es que además el activismo judicial es un método insuficiente por cuanto los derechos de creación jurisprudencial no son auténticos derechos porque su eficacia no descansa en el derecho positivizado, sino en la voluntad de una Corte de composición cambiante; y porque siempre existe el peligro del regreso a una interpretación textual de la Convención, como la que se viene produciendo en los últimos años en la Corte IDH.
- B.5. *Insuficiencia de la conexión entre derechos como estrategia de protección de los DESC.* La estrategia procesal de conexión de los DESC con derechos civiles y político no ha conseguido introducir en el Sistema una auténtica concepción del carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos, ya que, en el fondo, la estrategia abunda en la lógica de concebir los DESC como derechos jerárquicamente subordinados a los derechos civiles y político. Ello provoca una contradicción con los ordenamientos internos de la región que sí han constitucionalizado una concepción integral e indivisible de los derechos fundamentales con un mismo sistema de garantías.

C. *Las deficiencias formales, competenciales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

- C.1. *Problemas de acceso a la justicia en el SIDH.* Se aprecian deficiencias de publicidad y transparencia en los trámites que se llevan a cabo ante la Comisión y la Corte, de suerte que nos es posible saber el estado procesal en que se encuentran los casos; problemas de igualdad derivados del tipo de representación legal que difícilmente van a ser solucionados por la figura del Defensor Interamericano, toda vez que esta figura interviene sólo en la fase ante la Corte, cuando los efectos más determinantes de la ausencia de representación legal se producen en los trámites ante la Comisión; así como que la causa de buen parte de la irritante demora del Sistema es imputable a la separación entre las fases de admisibilidad y fondo ante la Comisión, máxime cuando tal separación prácticamente se ha eliminado ante la Corte.
- C.2. *Problemas en la selección de los integrantes de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.* Se trata de problemas de publicidad y transparencia, tanto en los procesos nacionales de selección de los candidatos, como en el proceso dentro del SIDH; ausencia de participación de la sociedad civil en el proceso, a contravía de los procesos nacionales que la van incorporando; insuficientes mecanismos de evaluación rigurosa de las calidades y méritos de los candidatos propuestos por los Estados; carencia de criterios más complejos sobre cómo deben quedar integrados los dos órganos, más allá del balance geográfico que se revela insuficiente como criterio único, y facilidad y frecuencia del intercambio de votos en el proceso de selección por fuera de la evaluación de los méritos y calidades.
- C.3. *Ausencia de mecanismos de supervisión del cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana.* Se trata de la principal laguna de supervisión del SIDH, que ha llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el año 2002, a, por un lado, declarar expresamente en sus sentencias de fondo y de reparaciones, que ella misma supervisará su cumplimiento y, por otra, a dictar resoluciones sobre el cumplimiento de sus sentencias. Caben aquí los argumentos utilizados para exponer la insuficiencia del activismo judicial como mecanismo de solución de las lagunas.
- C.4. *La sobrecarga de funciones y la politización de la CIDH.* La politización de la CIDH proviene, en buena medida, de las deficiencias y lagunas en su regulación (como los problemas de transparencia y nombramiento analizados en C.2.) y en la sobrecarga de funciones, muchas de ellas duplicadas en otros organismos del SIDH altamente ineficaces, y otras que carecen de mecanismos adecuados de seguimiento y supervisión, por lo que se resuelven en su valor político de denuncia y no en su capacidad

jurídica de avanzar en la protección de los derechos humanos. Ello, unido a una manifiesta insuficiencia presupuestaria, ha provocado la dependencia de países donantes, la fragmentación y dispersión del sistema de informes, su utilización política para el descrédito de ciertos Estados y la posición simbólicamente privilegiada que tiene el Informe de la Relatoría Especial de la Libertad de Expresión en el Informe Anual, de manera que parece que el principal problema en materia de derechos humanos de la región es el relativo a la libertad de expresión.

A. ¿UN CONTEXTO FAVORABLE A LA TRANSFORMACIÓN PROGRESISTA DEL SIDH?: INADECUACIÓN A LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA REGIÓN Y CUESTIONAMIENTO POR PARTE DE LOS ESTADOS

1. La inadecuación del SIDH a la problemática actual de los derechos humanos en la región

En sus inicios, el SIDH enfrentó violaciones masivas y sistemáticas cometidas bajo sistemas de terrorismo de Estado o violentos conflictos armados internos. Su rol fue esencialmente el de último recurso de justicia para las víctimas de esas violaciones, que no podían acudir a sistemas de justicia internos porque estos carecían de independencia. En esos tiempos, los informes sobre países de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sirvieron para documentar situaciones violatorias con rigor técnico, legitimar las denuncias de las víctimas y sus organizaciones y afectar la imagen de los dictadores en las esferas local e internacional.

Durante las transiciones post-dictatoriales en los 80 y principios de los 90, el SIDH tuvo un sentido más amplio: procuró acompañar los procesos políticos dirigidos a enfrentar las secuelas del pasado autoritario en las instituciones democráticas. En este período, el SIDH comenzó a delinear los principios medulares sobre los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación ante graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos; fijó los límites de las leyes de amnistía; sentó las bases para la protección estricta de la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa; invalidó los tribunales militares para juzgar civiles y violaciones de derechos humanos; protegió el habeas corpus, las garantías procesales, el orden constitucional democrático y la división de poderes estatales, ante la posibilidad, todavía latente, de regresiones autoritarias y de abusos de los estados de excepción; interpretó el alcance de

las limitaciones que impone la Convención a la aplicación de la pena de muerte e invalidó su aplicación a menores de edad y enfermos mentales, así como la aplicación como sanción única ante un crimen. Abordó además temas sociales que expresaban rezagos discriminatorios, por ejemplo, al afirmar la igualdad de las mujeres ante la ley en sus derechos familiares y matrimoniales y los derechos hereditarios de los hijos nacidos fuera del matrimonio, a quienes los códigos civiles de varios países consideraban todavía “ilegítimos”.

El actual escenario regional es sin duda más complejo. Hoy existen democracias representativas formales que presentan serias deficiencias, con sistemas de justicia y prestación social inefectivos, sistemas policiales y penitenciarios violentos, y que mantienen niveles alarmantes de desigualdad y exclusión que provocan una constante inestabilidad política². Esta situación provoca, por una parte, un agravamiento de las consecuencias de las deficiencias que tradicionalmente se han venido señalando del SIDH; y, por otra, revela la inadecuación estructural de la Convención al tipo de problemas al que es necesario dar respuesta.

a) *Las tradicionales deficiencias del SIDH*

- Falta de universalidad: a más de 30 años de estar en vigor, apenas 25 de los 34 Estados hayan ratificado la Convención Americana y solo 22 hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte;
- Su irritante demora. Los plazos de tramitación de las causas son excesivos, en particular ante la Comisión Interamericana: el promedio para la adopción de un informe de admisibilidad son 4,3 años, mientras que la remisión de un caso a la Corte demora en promedio 6,8 años;
- Sus criterios de selectividad poco claros y a veces no coincidentes con las prioridades de la agenda de derechos humanos del momento en que se procesan los casos y situaciones. Es crucial que se revisen los procesos de designación de los integrantes de la Comisión y la Corte, para garantizar siempre la elección de personas idóneas, comprometidas y con capacidad de diálogo, negociación política y resistencia a las presiones;
- La incapacidad de dar respuesta al aumento constante del número de casos, que se convierte en una traba para la promoción de la justicia y que reproduce en el ámbito regional las innumerables dificultades que se experimentan en el contexto interno de los países, que lleva a que se defienda la potenciación

2 Para este planteamiento ver V. Abramovich, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Sur, Revista internacional de derechos humanos*, Vol. 6, núm. 11, diciembre de 2009, pp. 7-39.

de soluciones amistosas o políticas, acompañadas por la CIDH, frente a la posición que entiende que la modernización del SIDH pasa por encaminarse hacia una lógica exclusivamente jurisdiccional, como en su momento lo hizo el Sistema Europeo de Derechos Humanos al adoptar el Protocolo 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos³.

- La falta de criterios claros y objetivos para la admisión de peticiones y la adopción de medidas cautelares. La admisión indiscriminada de casos pone en riesgo la credibilidad y funcionalidad del Sistema y amenaza su eficacia y eficiencia para promover y proteger los derechos humanos en todo el continente americano.
- Además, aún son insuficientes los esfuerzos desde el SIDH para apuntalar la internalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A pesar de que los derechos hoy se protegen mejor dentro de los países, el proceso de incorporación interna aún está en marcha, y algunos países vienen rezagados en la jerarquización de los instrumentos, y en la adecuación normativa y jurisprudencial a los estándares internacionales. La mayoría, por cierto, carece de mecanismos idóneos de implementación de decisiones internacionales y no se advierten reacciones originales y serias por parte de la Comisión y la Corte Interamericanas para revertir esta situación;

b) *Las nuevas problemáticas estructurales de los derechos humanos en la región*

La problemática actual de los derechos humanos en la región no responde a los patrones dictatoriales o de transición para los que la Convención fue pensada y diseñada, sino a cuestiones de consolidación, desarrollo y modernización institucional de las democracias, es decir a la insuficiencia, inadecuación o degradación de algunas prácticas institucionales y al deficiente funcionamiento de los Estados democráticos, lo que produce nuevas formas de vulneración de

3 Sobre el tema, ver J.A. Carrillo Salcedo: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 46 y 75; Id.: “El mecanismo de protección jurisdiccional de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿ha fracasado el Protocolo de enmienda número 11?”, en *Revista de Derecho Europeo*, núm. 4 (2002), p. 592. En relación con la trascendencia que ha tenido este Protocolo, especialmente en el momento de su ratificación, ver G. Janssen-Pevtschin: “Le Protocole no 11 à la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, núm. 20 (1994), pp. 483–500, que se centra particularmente en los antecedentes de esta enmienda; G. Rollnert Liern: “El Protocolo no 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo?”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, vol. 14/15 (1996), pp. 239–255; A. Salado Osuna: “El Protocolo de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21 núm. 3 (1994), pp. 943–965.

derechos. No se trata de Estados que se organizan para violar sistemáticamente derechos, sino de Estados con autoridades electas legítimamente, que no son capaces de impedir prácticas arbitrarias de sus agentes, ni de asegurar mecanismos efectivos para establecer responsabilidades por sus actos, ni de integrar adecuadamente a su población en los procesos de información y decisión, como consecuencia del precario funcionamiento de sus sistemas políticos, administrativos y judiciales.

Las limitaciones y carencias de las políticas públicas de muchos gobiernos latinoamericanos provocan que este nuevo tipo de problemas urgentes, relativos a la exclusión política y económica y la desigualdad social, no acierten a ligarse con las políticas de derechos humanos. Puesto que los sectores sociales sometidos a condiciones estructurales de desigualdad y exclusión son las principales víctimas de este déficit institucional, la garantía básica de los derechos en situaciones de desigualdad estructural marca la prioridad y el sentido político de un sistema regional de protección de los derechos humanos en la etapa posterior al fin de las transiciones, en un escenario de democracias constitucionales caracterizado por el déficit de las instituciones y por la amplitud de las brechas sociales.

Los nuevos desafíos de un sistema regional de protección de los derechos humanos pueden resumirse como sigue:

- Incidir en la calidad de los procesos democráticos y en el fortalecimiento de los mecanismos domésticos de protección de derechos, mejorando las condiciones estructurales que permiten garantizar la efectividad de los derechos a nivel nacional;
- Funcionamiento de los sistemas de justicia, no solo en cuanto a las garantías procesales de los imputados en procesos criminales sino también respecto de los derechos de ciertos tipos de víctimas que no logran un acceso igualitario a la justicia y sufren patrones estructurales de impunidad frente a crímenes estatales; el uso sistemático y punitivo de la prisión preventiva en detrimento de otras medidas cautelares menos gravosas; la falta de independencia judicial, las carencias operativas y técnicas de las policías, la falta de independencia y recursos de las defensorías públicas.
- Las nuevas demandas de igualdad de grupos y colectivos y las situaciones de sectores excluidos que ven afectados sus derechos de participación y expresión y que sufren patrones de violencia institucional o social u obstáculos en el acceso a la esfera pública, al sistema político y a la protección social o judicial.
- Casos concretos de la emergencia de esta nueva problemática son: La violencia policial marcada por el sesgo social o racial; el hacinamiento y la tortura en los sistemas carcelarios, cuyas víctimas habituales son los jóvenes de sectores

populares; las prácticas generalizadas de violencia doméstica contra las mujeres, toleradas por las autoridades estatales; la privación de la tierra y de la participación política de los pueblos y comunidades indígenas; la discriminación de la población afrodescendiente en el acceso a la educación y a la justicia; el abuso de las burocracias contra los inmigrantes indocumentados; los desplazamientos masivos de población rural en contextos de violencia social o política, etc.

2. El cuestionamiento del SIDH por parte de los Estados Parte en la Convención

El proceso de reforma del SIDH en curso, mediante la aprobación por la Asamblea General de la OEA, el 5 de junio de 2012, de la resolución AG/RES 2761 (XLII-O/12) titulada “Seguimiento de las Recomendaciones del “Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”⁴, está teniendo lugar en un contexto de contestación y crítica al funcionamiento del SIDH.

Las reclamaciones de reforma y reflexión crítica sobre el SIDH provienen de varios frentes:

- i) La reacción frente a la incursión de la CIDH, mediante la adopción de extensas medidas cautelares, en temas de gran importancia económica para los Estados. Particularmente me refiero al caso de la suspensión inmediata del proceso de construcción de la planta hidroeléctrica Belo Monte, hasta tanto fueran consultados de manera adecuada los pueblos indígenas eventualmente afectados⁵; y al caso del otorgamiento de medidas cautelares a favor de 18 comunidades Maya en Guatemala y ordenó al Estado suspender las operaciones de extracción de oro y plata en una concesión minera en la mina Marlin para evitar graves consecuencias para la vida, la integridad personal, el medio ambiente y los bienes del pueblo indígena afectado por la contaminación que se alegó dicha actividad había tenido sobre sus fuentes de agua.

4 AG/doc.5329/12 “Declaraciones y Resoluciones Aprobadas por la Asamblea General”, página 261, disponible en http://scm.oas.org/42AG/Documentos/VOL_SPA.doc; Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente, Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH, Síntesis de la reunión del 14 de julio de 2011, Doc. GT/SIDH/SA.1/11 rev.1, 18 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp>.

5 Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, MC 382/10 - Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>

- ii) Otro caso que ha motivado una revisión de procedimientos de la Comisión es el caso conocido como “Chavín de Huántar” contra Perú. A finales del 2011 la Comisión remitió a la Corte el caso relacionado con el juzgamiento en foro militar de los comandos que presuntamente cometieron ejecuciones extrajudiciales durante su participación en la Operación Chavín de Huántar, que tenía como objetivo el rescate de rehenes tomados por el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) en 1997 en la residencia del embajador japonés en el Perú. En reacción a esta demanda, el Ministro de Defensa peruano Alberto Otárola señaló que “el Perú va a hacer bien en solicitar una reforma de la comisión (:) vamos a pedir una reforma integral y sustantiva de la Comisión Interamericana”⁶.
- iii) Los presidentes de Venezuela y Ecuador, con respaldo de Bolivia, han sugerido que el SIDH sea sustituido por otro sistema que no cuente con la influencia o participación de Estados Unidos y Canadá. Ecuador incluso ha planteado la creación de una instancia complementaria de derechos humanos en la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR). Ello puede entenderse como una tendencia destinada a disminuir la influencia de Estados Unidos en la Región y que ya se produjo con la creación de la Conferencia Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno y su papel en la decisión que tomó la Asamblea General de la OEA en junio de 2009 de dejar sin efecto la suspensión de Cuba como miembro de pleno derecho de dicho organismo que estaba vigente desde enero de 1962. En su discurso de apertura de la Asamblea General de la OEA de junio de 2012, el Presidente boliviano Evo Morales señaló que para la OEA “hay dos caminos: muere al servicio del imperio (estadounidense) o renace para servir a los pueblos de América”⁷.
- iv) El 10 de septiembre de 2012, el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela comunicó al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, José Miguel Insulza, mediante nota oficial, que denunciaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸. Al transcurrir el

6 Ver Diario 16, 27 de diciembre de 2012, “Corte Interamericana estudiará de nuevo caso Chavín de Huántar”, disponible en <http://diario16.pe/noticia/12974-corte-interamericana-estudiaraa-de-nuevo-caso-chavin-de-huaantar>.

7 La Razón, 6 de junio de 2012, “Renovarse o Morir”, disponible en http://www.la-razon.com/opinion/columnistas/Renovarse-morir_0_1627637222.html.

8 En julio de 2012, la Corte IDH condenó a Venezuela en el caso de Raúl Díaz Peña, condenado tras los ataques contra el Consulado General de Colombia y la Oficina de Comercio de España, perpetrados en Caracas (Corte IDH. Caso *Díaz Peña vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de junio de 2012). El 10 de septiembre de 2012, el Secretario General de la OEA, recibió de parte de la República Bolivariana de Venezuela una nota oficial mediante la cual denuncia la Convención (Ver Comunicado de Prensa Secretario

año de preaviso, la Corte IDH y la Comisión pierden sus competencias contenciosas para conocer peticiones individuales en contra del país denunciante por hechos ocurridos con posterioridad a esa fecha (artículo 78 Convención).

En abril de 2011, la Comisión solicitó a Brasil, mediante una medida cautelar, suspender el proceso de construcción de la planta hidroeléctrica Belo Monte, hasta tanto fueran consultados de manera adecuada los pueblos indígenas eventualmente afectados. Brasil retiró a su Embajador ante la OEA, a su candidato a integrar la CIDH, no pagó su cuota anual hasta enero de 2012, cuando finalmente canceló la suma de seis millones de dólares que adeudaba para entonces, e impulsa la creación de un grupo de trabajo para examinar los procedimientos de la CIDH. La iniciativa de Brasil es respaldada por varios países, incluyendo a Ecuador, que se encontraba en una difícil relación con la CIDH por temas de libertad de expresión; Venezuela, que venía siendo cuestionada por la CIDH en los últimos años en materias tales como libertad de expresión e independencia judicial y Colombia, que ha discutido reiteradamente su inclusión en el capítulo IV del Informe Anual de la CIDH, dedicado a examinar situaciones de especial atención en materia de derechos humanos.

Brasil incidió también para que en la agenda del Grupo de Trabajo se incluyera como asunto prioritario la revisión del mecanismo de medidas cautelares. Esta propuesta encontró acogida en el seno del grupo, porque ya para entonces eran varios los Estados que venían planteando desacuerdos con la CIDH respecto de los supuestos bajo los cuales debían ser concedidas estas medidas, en particular cuando estaban dirigidas a proteger derechos colectivos y/o de comunidades.

El ambiente se puso aún más difícil cuando el Secretario General de la organización, José Miguel Insulza, recibió el borrador de reforma del artículo 11 del Reglamento de la CIDH, propuesto para la elección del próximo Secretario Ejecutivo o próxima Secretaria Ejecutiva de la CIDH, en reemplazo de Santiago Cantón, quien dejará el cargo en diciembre de 2012. Según palabras

General de la OEA C-307/12). Debe señalarse que el Gobierno de Venezuela ya había añadido en un pie de la resolución AG/RES. 2759(XLII-O/12), titulada “Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, aprobada por la Asamblea General el 5 de junio de 2012, lo siguiente: “La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos deben ser refundadas. La República Bolivariana de Venezuela expresa su profunda y justificada desconfianza en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El creciente deterioro del Sistema, su parcialización, su politización, así como su actitud discriminatoria y selectiva en contra de Gobiernos progresistas han destruido la credibilidad de estas Instituciones que alguna vez, en otros tiempos, se apoyaron sobre sus valores éticos y su compromiso con los derechos humanos”.

de Insulza, el texto “desconocía” su rol en la designación final de la persona a cargo de la Secretaría Ejecutiva y por ello solicitó a la CIDH una enmienda al borrador propuesto, que, en efecto, omitía la referencia al Estatuto de la CIDH, que indica claramente que el Secretario General es quien designa al Secretario Ejecutivo, en consulta con la CIDH⁹. Tres días después de abandonar el cargo, el 3 de julio de 2012 Santiago Cantón denunció presiones del propio José Miguel Insulza y de Venezuela para que abandonara el cargo.

El largo proceso de reforma de la CIDH (2011-2013) termina provisionalmente con la aprobación de la reforma del Reglamento de la Comisión (Resolución 1/2013 de la CIDH, de 18 de marzo de 2013¹⁰) y la aprobación por aclamación en la Asamblea General Extraordinaria de la OEA, de 23 de marzo de 2013, de la Resolución AG/RES. 1 (XLIV-E/13), sobre el resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la CIDH para el fortalecimiento del SIDH¹¹. Las cuestiones relativas a la reforma del Reglamento CIDH se irán analizando a lo largo del presente Informe. Lo que corresponde aquí es valorar el fin del proceso desde el punto de vista del contexto político. Las cuestiones planteadas eran fundamentalmente:

- i) La reforma de las medidas cautelares de la CIDH estableciendo criterios objetivos para su adopción y una participación más intensa de los Estados en el proceso, cuestión impulsada fundamentalmente por Brasil, lo que en buena medida se consigue a través de la reforma del art. 25 del Reglamento de la CIDH. A este aspecto se debe fundamentalmente la expresión de satisfacción con el resultado de la reforma realizada por algunos de los Estados promotores como Brasil y Perú. Brasil demostró su liderazgo regional creciente tanto en el impulso del proceso de reforma como en la capacidad de que sus propuestas quedaran reflejadas en su resultado final. No queda tan claro que la reforma haya “fortalecido” a la CIDH, toda vez que las medidas cautelares aprobadas para el caso de la destitución por el Procurador General de la Nación del alcalde Bogotá Gustavo Petro¹², fueron rechazadas por el Gobierno de Colombia.

9 Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 21.3: “El Secretario Ejecutivo será designado por el Secretario General de la Organización en consulta con la Comisión. Asimismo, para que el Secretario General pueda proceder a la separación del Secretario Ejecutivo de la Comisión deberá consultar su decisión con la Comisión e informarle de los motivos en que se fundamenta”.

10 Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion1-2013esp.pdf>.

11 Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/fortalecimiento.asp>.

12 CIDH: Resolución 5/2014, de 18 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC374-13-ES.pdf>.

- ii) La reforma del Capítulo IV del Informe anual de la CIDH, lo que se realiza mediante la reforma del art. 59 de Reglamento de la CIDH, fundamentalmente introduciendo en el mencionado Capítulo una sección A, consistente en un monitoreo de la situación de los derechos humanos en el continente; y una sección B, que mantiene los Informes especiales de los Estados “preocupantes” a juicio de la Comisión. Este es el aspecto que fundamenta la satisfacción de otro país promotor de la reforma, como era Colombia, y que se mantiene fuera de la sección B. En el Informe 2013 presentado por la CIDH el 24 de abril de 2014, en la sección A se contienen referencias a la situación de los presos en Guantánamo, la situación de la libertad de Expresión en Ecuador, el derecho a la nacionalidad y la no discriminación en República Dominicana, la independencia del poder judicial en la región y los desafíos de la ratificación universal de la Convención en el Continente. En la sección B, permanecen los “sospechosos habituales” Cuba, Venezuela y Honduras.
- iii) La universalidad de la Convención, visibilizada con carácter previo a las reuniones tanto de la Asamblea Extraordinaria de Washington como de la 43ª Asamblea de la OEA en La Antigua (Guatemala), mediante sendos foros de Estados que han ratificado la Convención en Guayaquil (Ecuador) y Cochabamba (Bolivia). La cuestión se resuelve como un tibio llamamiento a la ratificación “de todos los instrumentos jurídicos interamericanos sobre derechos humanos, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a que acepten, según corresponda, la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin perjuicio de las obligaciones que emanan de la Carta de la Organización de los Estados Americanos” en el último punto de la Resolución AG/RES. 1 (XLIV-E/13) de la Asamblea General Extraordinaria de la OEA de 23 de marzo de 2013. Hasta el momento, la reunión de Estados signatarios de la Convención ha tenido continuidad en el foro de Montevideo y se espera uno nuevo en Haití pendiente de fecha y está por ver su capacidad para convertirse en un Foro alternativo sin la presencia de Estados Unidos, Canadá y los países del Caribe.
- iv) La reforma de la financiación de la CIDH, reduciendo las donaciones voluntarias de Estados miembros de la OEA y las aportaciones externas, que condicionan la agenda y el sentido político de las actividades de este organismo, particularmente en los Informes de las Relatorías especiales. Ecuador fue el principal impulsor de esta línea, mediante la presentación de una ulterior reforma y una candidato a la CIDH, ambas rechazadas en la Asamblea General Extraordinaria de la OEA de 23 de marzo de 2013,

si bien se dejó una relativa puerta abierta en el Punto 3 de la Resolución que insta a la CIDH a que ponga en práctica aquellas recomendaciones que estén pendientes, en el marco de su Plan Estratégico, con lo que cabe entender que el proceso de reforma no está definitivamente cerrado. Sin embargo, la capacidad de maniobra de Estados Unidos y Canadá para hacer ver esta posición como un ataque a la autonomía e independencia de la CIDH (cuando la dependencia financiera de estos Estados más bien pareciera el principal lastre de su autonomía), no augura grandes cambios al respecto.

En términos generales, el proceso de Fortalecimiento del SIDH ha consistido, en lo jurídico, en una reforma del procedimiento de adopción de medidas cautelares por parte de la CIDH y en un cambio menor de la estructura del Capítulo IV del Informe Anual, y en lo político, en un cierto acomodo a la nueva realidad geopolítica del continente que confirma el liderazgo emergente de Brasil.

En marzo de 2013, se celebró en la ciudad de Guayaquil, la I Conferencia de Estados Parte de la CADH y se consiguió acordar sobre una serie de propuestas comunes de cara a la Asamblea General Extraordinaria de la OEA a realizarse el 22 de marzo de ese año. Y dos meses después, en Cochabamba, Bolivia, se firmó durante la II Conferencia de Estados Parte, una declaración que expresó *“el propósito de continuar el proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con la convicción de recuperarlo para nuestros pueblos desde los Estados”* y se decidió, entre otras cuestiones, conformar una Comisión Especial de Ministros de Relaciones Exteriores para realizar visitas a aquellos países que no forman parte de la CADH, a fin de promover su ratificación, avanzar en la consideración de la conveniencia de que la sede de la CIDH esté ubicada en un Estado Parte de la Convención y crear un grupo de trabajo a fin de analizar las implicancias presupuestarias, reglamentarias y funcionales de dicho traslado.

La III Conferencia, por su parte, se desarrolló en Uruguay y contó con la participación de representantes de Argentina, Ecuador, Haití, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Suriname. Allí se formuló una declaración favorable a proseguir con la evaluación de la propuesta para el cambio de sede de la Comisión, invitar a la CIDH a desarrollar sus sesiones en jurisdicción de aquellos estados que son parte de la Convención, profundizar el diálogo con los Estados Miembros de la OEA que no son parte del SIDH a través de la Comisión Especial de Ministros de Relaciones Exteriores y

continuar, a tales efectos, con los contactos iniciados con la Presidencia Pro Tempore del CARICOM con vistas a buscar alternativas para su incorporación al mencionado sistema¹³.

Asimismo, se indicó la necesidad de encomendar a la Secretaría General de la OEA la realización de un estudio a fin de analizar los impedimentos jurídicos de los Estados no Parte de la Convención para su incorporación al SIDH y plantear posibles soluciones prácticas y de continuar con el diálogo para el fortalecimiento del Sistema con el objetivo de alcanzar la equidad e indivisibilidad en la promoción, monitoreo y garantía de los derechos humanos reconocidos en el Protocolo de “San Salvador”. Así como también, se recomendó a los Estados Parte, miembros de UNASUR, que elaboren un informe sobre los avances alcanzados en las Conferencias de Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos durante la próxima reunión de Jefas y Jefes de Estado de la UNASUR y otras reuniones de Jefes de Estado¹⁴.

Finalmente, la IV Conferencia de Estados se llevó a cabo los días el 26 y 27 de Mayo de 2014, en Petion-Ville, Haití. En dicha oportunidad, a raíz de la denuncia de la Convención por parte de Venezuela que le habría impedido participar, se resolvió ampliar la convocatoria incluyendo a gobierno invitado y se arribó a una declaración que, entre otras cosas, propuso cambiar la sede de la CIDH para Haití para el 2015 (con el respaldo de Ecuador y el Alba y bajo posibles promesas de financiamiento) y crear un grupo de trabajo encabezado por Bolivia a fin de proponer reformas a las Relatorías Especiales de la CIDH, reforzar sus funciones y garantizar la distribución equilibrada de fondos entre ellas y reformar sus funciones (esto fue caracterizado por algunos como un esfuerzo “endulzado” para simplemente limitar el trabajo de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión).

En dicha oportunidad, además, se solicitó a la CIDH que realice una revisión rigurosa de las fuentes y metodología empleadas para la realización de todos los informes de las relatorías y que adopte un código de conducta aplicable a todos los Relatores en lo que, para algunos observadores, constituyó un intento de acotar sus facultades y convertir a las relatorías en organismos meramente referenciales e imposibilitados de realizar informes críticos sobre la situación existente en los países miembros. Y también se instó a profundizar el análisis con el objetivo de que el SIDH, sea financiado exclusivamente por los Estados miembros de la OEA, promoviendo, para afrontar la transición hacia

13 Puede accederse al texto completo de la Declaración de Montevideo en: <http://bit.ly/UMeFEU>.

14 Cabe aclarar que México, Costa Rica, Panamá y Paraguay reservaron su posición sobre los puntos contenidos en la declaración hasta que sean examinados por los órganos competentes de la OEA, en especial en los aspectos presupuestarios.

este sistema, la creación de un Fondo único para la recepción de contribuciones extra presupuestarias, que deberían ser asignadas de acuerdo a un programa de trabajo previamente aprobado por los Estados¹⁵.

Los días 22 y 23 de mayo de 2014, los Ministros de Relaciones Exteriores y Delegados de UNASUR reunidos en la Isla de Santa Cruz (Ecuador) aprobaron una resolución que contempla varios compromisos para lograr el fortalecimiento del SIDH¹⁶. En el marco de la VI Reunión Ordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR, celebrada en la ciudad de Lima, Perú, en noviembre de 2012, se había decidido promover la creación de la Conferencia de Estados Parte de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

La Declaración establece que los Estados:

1. Reafirman su compromiso con el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y con el proceso de reflexión continuada sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
2. Saludan los esfuerzos realizados por los Estados encargados de promover la universalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y los Estados del Caribe, que han realizado reuniones de acercamiento y diálogo sobre las posibilidades de avanzar hacia la universalización y convienen en establecer una agenda de trabajo.
3. Solicitan al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que, hasta septiembre 2014, realice consultas directas sobre las preocupaciones y desafíos de cada Estado no parte del Pacto de San José, y presente un informe sobre el particular al Consejo Permanente de la OEA, a fin de proponer soluciones técnicas, jurídicas y políticas para su plena membresía en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
4. Resaltan su voluntad de seguir profundizando los esfuerzos realizados en el análisis político, económico y jurídico de un eventual cambio de sede de la CIDH.
5. Acuerdan trabajar conjuntamente con los Estados Miembros del Pacto de San José, en la próxima Asamblea General de la OEA, en aras de que se realicen períodos de sesiones de la CIDH en Estados que sean Parte de

15 Puede consultarse el texto completo de la Declaración de Haití en: <http://bit.ly/SPtp0z>.

16 Puede accederse al texto completo de la Resolución sobre las acciones para el fortalecimiento del SIDH en: <http://bit.ly/1s5NBrM>.

la CIDH. En este contexto, agradecen el ofrecimiento de Uruguay para realizar una de las referidas sesiones.

6. Recomiendan que los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos asuman progresivamente la responsabilidad de financiar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
7. Proponen llevar al Consejo Permanente de la OEA la propuesta de realizar un estudio sobre las distintas dimensiones del sistema de relatorías de la CIDH, en el marco de los principios de igualdad e indivisibilidad de los derechos humanos, con propuestas concretas respecto al financiamiento equilibrado de las relatorías, incluyendo la creación de un Fondo para recibir contribuciones extra presupuestarias, que deberían ser asignadas de acuerdo a un programa de trabajo previamente aprobado.
8. Los temas mencionados en este comunicado seguirán siendo tratados en un grupo de trabajo abierto coordinado por Uruguay, y desde ya expresan su voluntad de participar en este grupo Argentina, Ecuador y Chile. Ese grupo deberá hacer su informe a la próxima reunión de Cancilleres de UNASUR que trate del tema aquí mencionado.

Venezuela, por su lado, ha reiterado en cambio su reserva sobre este tema, y exhortado a los países de UNASUR para que orienten sus esfuerzos al fortalecimiento del Grupo de Trabajo de Alto Nivel sobre Derechos Humanos, creado mediante decisión de por el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre de Paramaribo celebrada el 30 de agosto de 2013, mediante el cual tenemos el reto de impulsar la ampliación del acceso, goce y disfrute de los derechos humanos en nuestros países, así como su respeto irrestricto y promoción, con transparencia, objetividad, imparcialidad, equilibrio y bajo los principios de indivisibilidad e interdependencia de los mismos.

B. LAS DEFICIENCIAS Y LAGUNAS SUBSTANTIVAS DE LA CONVENCION Y LOS INSTRUMENTOS VINCULANTES DEL SIDH

1. Deficiencias en la sistemática

- a) *En el orden de incorporación de los derechos.* Resulta contradictorio con el propósito y el contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH, en lo sucesivo) encabezar el listado de los derechos reconocidos en la Convención con el “Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica”, toda vez que lo que está afirmando es que, para tener derechos,

primero hay que estar reconocido formalmente por el ordenamiento jurídico como sujeto de derechos. El propósito y la justificación del DIDH son, precisamente, los contrarios: que, independientemente de su reconocimiento formal como sujetos de derechos en el ordenamiento doméstico, los seres humanos son titulares de derechos por el mero hecho de serlo (es decir, el fundamento de los derechos es material y no formal, se basa en ser *persona* y no en estar reconocido como *persona jurídica*) y que, por ello, el ordenamiento internacional se los reconoce. Pero incluso admitiendo que lo que está detrás es una concepción positivista roma y anticuada, no se entiende que el “Derecho a la Nacionalidad”, sistemática y conceptualmente previo al de la personalidad jurídica, toda vez que hay que estar previamente sujeto a un ordenamiento jurídico para que éste pueda reconocerte como persona, esté en el art. 20 y no en el mismo artículo 3.

Contrariamente a esta sistemática, el DIDH lo que afirma es que los derechos tienen su fundamento en el ser humano como tal, que se juridifica en el concepto de “dignidad humana” y las necesidades a ella vinculadas. Indudablemente, un objetivo prioritario del DIDH es que los estados reconozcan los derechos humanos en su ordenamiento interno y les doten de la protección y las garantías adecuadas para su efectiva vigencia y, en este orden de ideas, el derecho a la personalidad jurídica es un derecho necesario para conseguir este propósito, pero desde luego no es el fundamento del resto de los derechos y no puede encabezar una convención moderna de protección internacional de los derechos humanos.

La dignidad humana carece de un tratamiento sistemático en la Convención, sino que aparece mencionada en relación con ciertos derechos (como la integridad personal del art. 5 o la honra del art. 11). También sorprende que la igualdad, que es otro de los fundamentos conceptuales del reconocimiento de derechos, no aparezca hasta el art. 24.

- b) *En la distinción conceptual y sistemática entre “Derechos Civiles y Políticos” (Capítulo II Parte I) y “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (Capítulo III Parte II) que ya está superada por la dogmática del DIDH*¹⁷. Puesto que existe un único soporte moral de la totalidad de los derechos, la dignidad humana, que no es susceptible de fragmentación o de jerarquización en sus manifestaciones,

17 Organización de las Naciones Unidas. *Proclamación de Teherán*, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 13 de mayo de 1968, párr. 13; Id., *Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las naciones unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Resolución 32/130, Asamblea General, 1977; Id., *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, Resolución 41/128 de la asamblea general de las naciones unidas, 4 de diciembre de 1986; Id., *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobada por la Conferencia mundial de derechos humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, párr. 5.

tampoco los derechos son susceptibles de una auténtica separación, puesto que todos están encaminados a la protección de un bien, la dignidad humana, que siempre resulta lesionado cuando se produce la violación o el desconocimiento de cualquier derecho humano: de esta suerte, los singulares enunciados de *los derechos* no son sino la definición de ámbitos y elementos concretos de lesividad de la dignidad humana (traducidos jurídicamente como facultades, obligaciones negativas y obligaciones positivas), y no un sistema dividido y jerarquizado de valores, de suerte que todas las garantías atañen a todos los derechos y a todos los ámbitos y elementos concretos de definición de lesividad de la dignidad humana.

- c) *En la unión arbitraria de ámbitos materiales de protección*, como es el caso del art. 11.1 del Protocolo de San Salvador, en el que el derecho a “contar con servicios públicos básicos” se incluye dentro del “Derecho a un Medio Ambiente Sano”, de suerte que, por su ubicación sistemática, los servicios públicos básicos parecen ser un remedio para evitar la contaminación del medio ambiente y no una respuesta a necesidades humanas de conservación de la vida y la salud, lo que supone un error conceptual y de fundamentación. Por otra parte, lo lógico es interpretar que dichos servicios se refieren al saneamiento, a la provisión de agua potable y a la recolección y tratamiento de residuos sólidos pero lo cierto es que no se dice.
- d) *En la fragmentación arbitraria de ámbitos materiales de protección*, como es el caso de la separación entre las garantías del debido proceso (art. 8) y el acceso a la jurisdicción, entendido como derecho a un recurso efectivo (art. 25), cuando lo lógico es pensar que los recursos efectivos que en cada ordenamiento doméstico se prevean para la protección de los derechos, deben regularse y ejercerse en el marco y según los principios del debido proceso legal. El juez Cançado Trindade ha insistido mucho en sus votos particulares en el carácter integral e indisoluble de estos dos contenidos separados¹⁸. También se observa en la dispersión de las regulaciones relativas a la legalidad penal, en donde las cuestiones relativas a las características y límites de las penas se dividen entre los arts. 4 (pena de muerte), 5 (separación entre procesados y condenados, finalidad de la pena) y 6 (trabajos o servicios derivados del cumplimiento de condena), mientras que otras cuestiones de legalidad se insertan en los arts. 7 (reserva de ley, interdicción de la arbitrariedad, garantías de la detención, habeas corpus) y 8.

18 Un resumen de los argumentos, de las posiciones que había mantenido en votos anteriores y de las oscilaciones de la Corte, pueden verse en el voto razonado a la Sentencia de Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006.

2. Deficiencias conceptuales y/o de redacción

- a) *Deficiente incorporación del concepto de dignidad humana.* La dignidad humana es un concepto esencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por cuanto, de una parte, es el fundamento del reconocimiento jurídico de límites y obligaciones al estado y de ámbitos de protección; de otra, porque siendo indivisible, la protección que le otorgan los derechos es igualmente indivisible; y, por último, porque a través de ella se define un concepto mínimo de derechos que no están ligados a la ciudadanía y que, por tanto, no pueden ser desconocidos a ninguna persona en ningún lugar que se encuentre e independientemente de la nacionalidad que ostente. La dignidad aparece mencionada en unos artículos y en otros no, como si ciertos ámbitos de protección sí estuvieran directamente vinculados con ella y otros no, cuando todos ellos existen y se justifican por la protección de la dignidad humana. En otros casos, directamente se excluye la dignidad humana de la formulación de derechos, como es el caso del art. 22 que no reconoce el derecho de circulación a los seres humanos, sino a los que se hallen “legalmente en el territorio de un Estado”, exceptuando del ámbito de protección a los inmigrantes irregulares, o el art. 23.2.
- b) *Deficiente conceptualización del derecho a la vida* del art. 4, que se relaciona casi exclusivamente con la pena de muerte (a la que se dedican la totalidad de los numerales del artículo, salvo el primero), no apareciendo otros ámbitos directamente relacionados con el derecho a la vida como el de las necesidades materiales y los mínimos vitales de existencia digna.
- c) También se da una confusión entre la reserva de ley como garantía para la protección de los derechos humanos, propia del ámbito internacional, y la adopción de ciertas regulaciones en la Convención más propias de una constitución, como las habilitaciones al legislador (arts. 21.1 y 22.4) o los mandatos al legislador (arts. 17.5). Las convenciones internacionales establecen el contenido obligatorio y justiciable de los derechos, que debe ser respetado hasta por el propio legislador y, dentro de él, la obligación de que ciertos límites admitidos a los derechos reconocidos deban regularse por ley, pero ni manda ni habilitan a los poderes del Estado, que sólo puede ser realizado por la constitución, sino que establecen los elementos de incumplimiento del estado.
- d) Existen *contradicciones*, como la del art. 6 que en una frase prohíbe el trabajo forzoso y obligatorio y en la siguiente lo admite como ejecución de una condena penal. Existen *excepciones excesivamente vagas a prohibiciones*, como las “obligaciones cívicas normales” del art. 6.3.d, la “moral pública” de los arts.

13.2.b, 15, 16 y 22.3 de la Convención o el art. 8.2 del Protocolo de San Salvador, la “protección moral de la infancia y la adolescencia” del art. 13.4. Existen *artículos vacíos de contenido*, como el art. 19. Hay *conceptos que no se entienden*, como las “condiciones *generales* de igualdad” (cursiva añadida) en el acceso a las funciones públicas del art. 23.1.c. Hay *declaraciones de contenido estrictamente ideológico* y no jurídico, como que la familia es el elemento “natural” de la sociedad (art. 17.1).

- e) Ninguno de los instrumentos obligatorios del SIDH está escrito en un lenguaje no sexista y en ocasiones incurre en un lenguaje directamente vejatorio, como es el uso del término “minusválido” en el art. 18 del Protocolo de San Salvador, que además es incoherente con el más adecuado de “personas con discapacidad” que se da en el DIDH y en la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*.

3. Lagunas

a) *Lagunas normativas*

Existe una “laguna normativa” cuando un evento (o acto o factor estructural) recurrente priva a seres humanos de su dignidad. Aun cuando los instrumentos existentes pueden brindar cierta protección, en muchos casos es necesario un instrumento nuevo y más amplio para enmarcar más claramente o en términos más precisos los derechos de un grupo afectado. Las normas nuevas permitirían a los miembros del grupo proteger sus derechos de manera más eficaz, y permitirían clarificar las obligaciones estatales. En este contexto, a veces se observa que durante los primeros años de establecimiento de normas de derechos humanos se adoptaron instrumentos aplicables a todos los seres humanos, mientras que instrumentos posteriores brindan protección más detallada a grupos específicos (como por ejemplo la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* o la *Convención sobre los Derechos del Niño*).

Hasta muy recientemente, el tema de la discapacidad era un buen ejemplo de una laguna “normativa”. Las normas internacionales de derechos humanos, especialmente el principio de la no discriminación, protegían los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, los enfoques asistencialistas hacia la discapacidad, aunados a una baja conciencia de los derechos humanos en las instituciones públicas, están tan arraigados que es razonable afirmar que los derechos de las personas con discapacidad no estaban debidamente protegidos.

La *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en el ámbito de Naciones Unidas, y la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, en el SIDH, pretenden llenar esta laguna.

Asimismo, existiría una “laguna normativa” cuando un nuevo instrumento llega a ser necesario para prevenir y brindar protección contra una práctica específica que viola los derechos humanos. Hasta hace poco, por ejemplo, ninguna norma protegía y sancionaba explícitamente las “desapariciones” forzadas o involuntarias de personas. La *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, en el ámbito de Naciones Unidas, y la *Convención interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, en el SIDH, se dirigen a llenar esta laguna.

Los instrumentos que permiten solventar la existencia de lagunas son la aprobación de nuevas normas internacionales y la interpretación extensiva de los derechos reconocidos en las existentes. En el punto 4 del presente epígrafe haré algunas consideraciones sobre la insuficiencia de este segundo instrumento en el SIDH.

Entre las lagunas normativas que se observan en la Convención y que han tratado de ser paliadas mediante interpretaciones extensas, cabe señalar: entre las garantías judiciales no se menciona el derecho al juez natural predeterminado por la ley ni la prohibición de las jurisdicciones especiales; entre los derechos del art. 11, no se protege el derecho a la propia imagen; en los derechos del art. 13, no existe mención alguna a la cláusula de conciencia de los periodistas, ni a la igualdad de acceso a los medios de comunicación; no se declara la función social de la propiedad, sino que se faculta a la ley para hacerlo, del mismo modo que no se prohíbe la usura, sino que se mandata a la ley para hacerlo (art. 21.1 y 3); en el art. 24, no se recoge la igualdad material, como criterio para establecer la discriminación cuando, ante situaciones desiguales, se da una legislación formalmente igual y, por tanto, discriminatoria, ni las acciones positivas.

Entre las lagunas que se observan en los instrumentos concretos dictados para completar la Convención:

- En el *Protocolo de San Salvador*, no se establece una edad mínima antes de la cual el trabajo esté prohibido, sino que simplemente se establecen medidas de compatibilidad entre trabajo y educación para los menores de 16 años (art. 7 f); el art. 8 no hace referencia alguna a la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales de las personas y su posible utilización en juicio; no existe el derecho a la negociación colectiva ni a medidas de conflicto colectivo distintas de la huelga; entre las prestaciones que integran

el “Derecho a la Seguridad Social” del art. 9, no se incluye el desempleo, ni la viudedad, ni la licencia de paternidad (que se excluye expresamente al afirmar “cuando se trate de mujeres”, en el art. 9.2); entre las prestaciones que integran el “Derecho a la Salud” establecidas en el art. 10.2, la única referencia concreta es a la “atención primaria de la salud”, entendida como “asistencia sanitaria esencial”, pero no se incluye el derecho a la hospitalización, ni a tratamientos quirúrgicos, ni referencias que permitan concretar el carácter “primario” o “esencial” de las instalaciones y equipamientos destinados a dar satisfacción al derecho; tampoco existe referencias a la protección de grupos de especial relevancia, como las madres gestantes, lactantes o los niños y sus específicas problemáticas de salud a nivel de tratamiento y prevención; en cuanto al derecho “a contar con servicios públicos básicos”, reconocido dentro del “Derecho a un Medio Ambiente Sano”, no se especifican cuáles sean, sin hacer referencia al agua potable, el saneamiento, ni a la recolección y tratamiento de residuos sólidos; el reconocimiento del “Derecho a la Alimentación” en el art. 12 no hace referencia alguna al derecho de acceso a los alimentos¹⁹; respecto a los derechos de la niñez, si el art. 19 de la Convención es un ejemplo de indeterminación y laconismo, el art. 16 del Protocolo apenas añade cierto contenido, manteniendo la fórmula del “derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren”, desde luego alejadas del estándar internacional de protección, y sin referencias alguna a una problemática estructural de negación de derechos humanos en América Latina, como es el fenómeno de los “niños de la calle” (cuanto menos, podrían haberse especificado ciertas obligaciones estatales como, por ejemplo, se hace en el artículo siguiente para los ancianos).

- En la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, se observa la ausencia de una definición general de qué se consideran tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, laguna que, por otra parte existe en el DIDH. Tampoco existe referencia a unas reglas mínimas sobre el tratamiento de reclusos y las que existen en el ámbito de Naciones Unidas, datan de 1955 y en buena medida están obsoletas²⁰.

19 Sobre las variables que influyen en el acceso a los alimentos en la región, Vid. Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), *La Seguridad Alimentaria y el Precio de los Alimentos en América Latina y el Caribe: Situación Actual y Perspectivas*, Octubre 2010. Disponible en http://www.sela.org/attach/258/EDOC/SRed/2010/09/T0236000043320-La_Seguridad_Alimentaria_y_el_precio_de_los_alimentos_en_ALC_FINAL_2010.pdf.

20 En 2010, la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución 65/230, “12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal”, en la que solicitaba a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal que estableciese un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta. El grupo intercambiará información sobre las mejores prácticas, la legislación nacional y el derecho internacional en vigor, así como sobre la revisión de las actuales Reglas Mínimas, a fin de que reflejen los últimos avances de las técnicas y las

- En la *Convención interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, por comparación con la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, es de una pobreza alarmante, tanto más cuanto que el fenómeno en la región está lejos de haber sido erradicado: en el art. VII, al admitir la posibilidad de un plazo de prescripción, no se reconoce el derecho a un recurso eficaz durante este plazo (como sí hace el art. 8.2 de la *Convención Internacional*); no se establece la obligación de auxilio judicial entre Estados en la investigación penal de desapariciones forzadas (como sí hace el art. 14.1 de la *Convención Internacional*); no se establece directamente el derecho a que las autoridades busquen, localicen y liberen de las personas desaparecidas, sino que hay que derivarlo de los establecido en el art. X; no se establece el derecho a que las autoridades adopten medidas para, en caso de fallecimiento, proceder a la búsqueda y restitución de los restos (como sí hace el art. 24.3 y 6 de la *Convención Internacional*), ni la obligación de cooperación entre Estados ni para este ni para otros propósitos distintos de la búsqueda, localización y restitución de menores establecida en el art. XII (como sí hace el art. 15 de la *Convención Internacional*); no se reconoce ni se especifica el contenido del derecho a la reparación (como sí hace el art. 24.4 y 5 de la *Convención Internacional*), lo que además supone una franca insuficiencia respecto a las buenas prácticas para evitar la impunidad frente a las violaciones masivas de derechos humanos²¹; no se establece la condición de víctima ni se reconoce como tal a los familiares del/la desaparecido/a (como sí hace el art. 24.1 de la *Convención Internacional*); no se reconoce el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida (como sí hace el art. 24.2 de la *Convención Internacional*); respecto a la obligación de llevar registros oficiales actualizados sobre los detenidos del art. XI, no se especifica el contenido que deben tener dichos registros (como sí hace el art. 17.3 de la *Convención Internacional*) no se especifica la información a la que tienen derecho las personas con interés legítimo (como sí hace el art. 18.1 de la *Convención Internacional*); no se prevé la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales para evitar la intimidación de las

mejores prácticas penitenciarias, con miras a formular recomendaciones a la Comisión sobre posibles medidas posteriores.

21 Vid. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por Louis Jointe de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión (Naciones Unidas, doc., E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997); Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, 8 de febrero de 2005 (Naciones Unidas, doc. E/CN.4/2005/102/Add.1).

personas que investigan las desapariciones forzadas (como sí hace el art. 18.2 de la *Convención Internacional*).

- En la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, en comparación con la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*: en la definición de discriminación del art. I falta la “denegación de ajustes razonables” (del art. 2 de la *Convención Internacional*); el art. III no hace ninguna referencia específica al disfrute de los DESC (como sí hace el art. 4.2 de la *Convención Internacional*); la referencia a la investigación científica y tecnológica del art. IV sólo se refiere al ámbito de la prevención, tratamiento y rehabilitación, dejando fuera varias referencias que sí se encuentran en el art. 4.1 de la *Convención Internacional*: bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal; disponibilidad y uso de nuevas tecnologías; e información accesible; tampoco hay referencias a la formación del personal que trabaja con discapacitados; no se especifican las especialidades subjetivas de la discapacidad que pueden provocar formas agravadas de discriminación (mujeres –art. 6 *Convención internacional*; niños y niñas –art. 7 *Convención internacional*); se mencionan, pero no se especifica el contenido de las medidas de sensibilización ni de accesibilidad (como sí hacen los arts. 8 y 9 de la *Convención internacional*); no se especifican las medidas especiales necesarias para el disfrute de los concretos derechos universalmente reconocidos en condiciones de igualdad (como hacen los arts. 10-30 de la *Convención internacional*), lo que resulta particularmente grave en el caso del derecho a la educación, a la luz de las consideraciones sobre la educación inclusiva realizadas por el Comité de los derechos del Niño²².
- En la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (“*Convención de Belem do Para*”), respecto a la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, aún teniendo en cuenta que la Convención de Naciones Unidas es un texto con un objeto más amplio que la Convención Interamericana: no se incluye la trata de mujeres y la prostitución como formas de violencia contra la mujer ni se hace referencia a ella entre los deberes de los Estados contemplados en el art. 7 (a diferencia de lo establecido en el art. 6 de la *Convención Internacional*); tampoco se consideran singularmente formas de violencia contra la mujer ni se hace referencia entre los

22 Organización de Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 9 (2006): “Los derechos de los niños con discapacidad” (CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007).

deberes de los Estados: la discriminación en el empleo, ni la ausencia de mecanismos de protección durante el embarazo, el parto y el puerperio destinados a evitar la discriminación laboral por razones de matrimonio o maternidad (art. 11 de la *Convención Internacional*), ni la discriminación en el acceso a la salud y a los medios de planificación familiar (art. 12 de la *Convención Internacional*); entre las situaciones de especial vulnerabilidad a la violencia del art. 9 no se hace referencia a la especial situación de las mujeres rurales (art. 14 de la *Convención Internacional*).

- Entre los deberes de los Estados contenidos en las casi clónicas *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia* y *Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia*, sólo se concretan las medidas destinadas a “prevenir, eliminar, prohibir y sancionar” (arts. 4 de ambas Convenciones), pero no las acciones afirmativas, de promoción y de fomento que, por un lado se permiten con importantes limitaciones (Los arts. 1.5 de la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia* y 1.4 de la *Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia* establecen que las acciones afirmativas no constituyen discriminación racial siempre que “no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no se perpetúen después de alcanzados los objetivos”) y, por otro, establecen un genérico compromiso a “adoptar las políticas especiales y acciones afirmativas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de personas o grupos que sean sujetos de discriminación o intolerancia” (arts. 5 de ambas Convenciones) con las mismas limitaciones antes apuntadas.

Fuera de estos instrumentos no existen textos vinculantes específicos sobre derechos del niño, con referencias expresas a la situación diferenciada de los adolescentes; ni un instrumento integral de protección contra la discriminación de la mujer; ni de los derechos de las minorías étnicas y culturales (indígenas, población afrodescendiente); ni un desarrollo específico del derecho al medio ambiente y de las obligaciones en materia de protección de la naturaleza, con referencias específicas a su consideración especial en el caso de comunidades indígenas y campesinas; no existe un reconocimiento específico de los derechos de minorías sociales en situación de vulnerabilidad (población LGBTI, inmigrantes [...]) o de las personas en situación de sujeción especial (población reclusa o en custodia, hospitalizada, en prestación del servicio militar [...]).

b) *Lagunas de aplicación*

Existe una “laguna de aplicación” cuando un instrumento internacional se aplica a una situación específica o a una categoría de personas, pero no se aplica en casos similares. Nuevamente se puede ilustrar este tipo de laguna con el problema de las “desapariciones” forzadas o involuntarias de personas. Durante muchos años, los parientes de una persona desaparecida en el marco de un conflicto armado tenían derecho a saber qué le había pasado, puesto que este derecho estaba consagrado en el art. 32 del *Protocolo I a los Convenios de Ginebra* (1977). Sin embargo, el Protocolo no se aplica a las personas que “desaparecían” bajo otras circunstancias (es decir, fuera del marco de un conflicto armado). Esta laguna se llenó posteriormente por medio del *Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad* (1997) y los *Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones* (2005).

Dentro de las lagunas de aplicación del SIDH, cabe señalar:

- En la *Convención*, el art. 6 prohíbe la esclavitud, la servidumbre, la trata de esclavos y la trata de mujeres, pero no se refiere a situaciones similares como las situaciones laborales equiparables (los *garimpeiros* en Brasil; los mineros en *Bolivia*; los colonos agrícolas en muchas partes de América Latina), ni a las formas de explotación sin beneficios laborales de los inmigrantes “sin papeles”, ni la trata de seres humanos que suponen las prácticas mafiosas de la inmigración ilegal; el art. 7.7 prohíbe la detención por deudas, pero no hace referencia a otras formas de detención no penal, como es el caso de los centros de detención de inmigrantes irregulares; el art. 8.2 establece la presunción de inocencia de las personas “inculpadas”, lo que supone que la presunción de inocencia opera exclusivamente a partir del momento procesal de la inculpación, pero no con anterioridad y no con respecto a las personas que se hayan inmersas en procesos de investigación destinados a determinar si existen indicios de culpabilidad, del mismo modo, el art. 8.3 sólo hace referencia a la confesión del *inculpado*, pero no a la de personas que no se encuentran en ese momento procesal; el art. 9 únicamente hace referencia a la legalidad e irretroactividad de la norma penal, pero no a la de otras normas sancionatorias o restrictivas de derechos; el art. 17 establece la igualdad de derechos y la equivalencia de responsabilidades “en cuanto al matrimonio”, sin referencia a otras formas de unión de hecho; el art. 22

limita el derecho de circulación y residencia a quién “se halle legalmente en el territorio de un Estado”, de suerte que admite como compatible con los derechos humanos la detención por infracción de las normas administrativas de inmigración.

- En el *Protocolo de San Salvador*, los arts. 6, 7 y 8 se refieren a los derechos de los “trabajadores”, entendiéndose por tal los que se encuentran dentro de un contrato formalizado de trabajo, ignorando en su ámbito de aplicación las realidades de la economía informal y del trabajo de los inmigrantes irregulares, que quedarían así desprotegidas a nivel convencional; se reconoce el derecho “cuando se trate de mujeres” a “licencia retribuida por maternidad antes y después del parto” pero no a la licencia de paternidad, lo que supone una doble discriminación: de los hombres respecto a las mujeres en cuanto a la posibilidad de disfrute, y de las mujeres respecto a los hombres, en cuanto a la obligación de asumir todos los costes y cargas derivados de la crianza²³; los arts. 16, 17 y 18 reconocen como grupos especialmente vulnerables los niños, los ancianos y las personas con discapacidad, sin que exista referencia a otros grupos subjetivos reconocidos como vulnerables por el DIDH como las comunidades indígenas, las mujeres rurales, las minorías étnicas o culturales, los inmigrantes, etc.
- En la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, el último párrafo del art. 13 prevé la prohibición de extradición o devolución de la persona requerida “cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes [...]”, pero no se establece una referencia al uso restrictivo de las llamadas “garantías diplomáticas”, es decir la promesa del Estado solicitante de que la persona requerida no sufrirá torturas en su territorio, que es el método que vienen utilizando los Estados para evitar la prohibición. Tampoco se prevé ningún organismo especializado para el control y seguimiento de las obligaciones convencionales en los Estados.

23 Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Waller contra Hungría* (n° 44399/05), 31 de marzo de 2009. Una mujer rumana estaba casada con un húngaro, con quien había tenido cuatro hijos, pero no tenía derecho a la prestación de maternidad por nacimiento por no ser de nacionalidad húngara. Su marido trató de reclamar la prestación, que le fue denegada porque sólo tenían derecho a percibirla las madres. El TEDH consideró que el marido había sido objeto de discriminación por razón de paternidad (no de género), pues los padres y los tutores adoptivos varones tenían derecho a la prestación, excluida para los padres biológicos. También se presentó una reclamación en nombre de los hijos, alegando discriminación por la denegación de la prestación a su padre, la cual fue también admitida por el TEDH, apreciando una discriminación por razón de la situación de su padre como padre biológico.

- En la *Convención interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, el art. XI determina la legitimidad para acceder a los registros oficiales actualizados sobre detenidos de los familiares, pero, en el caso de las uniones de hecho, no para las personas unidas por idéntica relación de afectividad al matrimonio.
- En la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*, el art. I.2.a), al definir “discriminación contra las personas con discapacidad”, la establece como “toda distinción, exclusión o restricción [...] que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio *por parte de las personas con discapacidad*, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (cursiva añadida). De esta suerte, no incluye expresamente en su formulación la llamada “discriminación por asociación” con una persona discapacitada, como es el caso de la discriminación que alguien puede llegar a sufrir en su empleo por la necesidad de solicitar permisos u horarios flexibles para poder atender a un discapacitado.
- Es el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2008, C-303/06, asunto *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*. una madre alegaba haber sido objeto de un trato menos favorable en el trabajo por la discapacidad de su hijo, que la hacía llegar tarde en ocasiones al trabajo y por la que había solicitado una baja para atender a las necesidades del niño. La solicitud fue denegada y la reclamante recibió amenazas de despido y comentarios insultantes sobre el estado de su hijo. El TJUE aceptó como referencia comparativa a sus compañeros de puestos similares y con hijos y observó que se les concedían condiciones de flexibilidad cuando lo solicitaban, por lo que consideró que el caso constituía un supuesto de discriminación y acoso por la discapacidad del hijo.
- En el art. 1 de la *Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia*, entre las definiciones de discriminación (indirecta, múltiple o agravada) tampoco se incluye la “discriminación por asociación”, que también resulta útil cuando el efecto discriminatorio no se puede subsumir de forma clara en alguna de las categorías discriminatorias establecidas expresamente.
- Es el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 1996, C-13/94, asunto *P. contra S. y Cornwall County Council*. La reclamante estaba en curso de cambio de sexo de hombre a mujer en el momento de su despido por el empleador. El TJUE consideró que el despido constituía un trato desfavorable. Con respecto a la referencia comparativa, el TJUE señaló que «despedir a una persona por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo es darle un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación». En cuanto al motivo, aunque

no pudiera acreditarse que la reclamante recibiera un trato diferente por el hecho de ser un hombre o una mujer, sí se acreditó que la diferencia de trato giraba en torno al concepto de su identidad sexual.

c) *Lagunas de supervisión*

Existe una “laguna de supervisión” cuando un derecho ha sido incluido en un instrumento internacional, pero no existe un mecanismo que supervise el cumplimiento por parte de los Estados, o el mecanismo establecido es insuficiente para asegurar el cumplimiento o para proporcionar un remedio a las víctimas. Por ejemplo, ni el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* ni el *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* crearon nuevos derechos, sino que establecieron nuevos mecanismos de supervisión a fin de procurar que los Estados cumplieran mejor con las Convenciones en cuestión.

Aunque se harán pronunciamientos concretos sobre estas lagunas en el epígrafe C), cabe señalar algunas lagunas de supervisión, en particular la ausencia de un mecanismo de supervisión específico en la *Convención interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, a diferencia de la creación y regulación del Comité contra la Desaparición Forzada en los arts. 26 a 36 de la *Convención Internacional*; en la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, no se prevé ningún organismo especializado para el control y seguimiento de las obligaciones convencionales en los Estados; la imposibilidad de plantear directamente la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales (salvo en el caso de la libertad de asociación sindical del art. 8.1.a y del derecho a la educación del art. 13), según el art. 19.6, todos ellos del *Protocolo de San Salvador*, que supone una laguna de supervisión por cuanto representa una insuficiencia respecto a los estándares internacionales de protección:

- i) *Respecto a la invocabilidad de los DESC.* En el caso *Cinco pensionistas vs. Perú*, la Corte rechazó considerar una eventual violación del artículo 26 del Convenio. En concreto, la sentencia reconoce que Perú conculcó el derecho a la propiedad y a la tutela judicial (artículos 21 y 25 del Convenio) de cinco pensionistas a los que mediante un decreto-ley se les redujo su pensión a un quinto de su valor. Sin embargo, rechaza la aplicabilidad al caso del artículo 26, que había sido alegado por los demandantes, al señalar que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo [...] se debe medir [...] en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales

y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”²⁴. Por su parte, el art. 19 del Protocolo de San Salvador restringe la presentación de comunicaciones individuales ante la CIDH a los casos contemplados en los arts. 8 y 13 (libertad de asociación sindical y derecho a la educación). Si la Corte rechaza utilizar el art. 26 de la Convención como un auténtico parámetro de control de las acciones u omisiones de los Estados, prácticamente está denegándose a sí misma la competencia para aplicar los DESC como derechos humanos.

Ello contrasta con el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵ (PIDESC, en lo sucesivo), que entró en vigor el 5 de mayo de 2013 y que permite a las personas o grupos de personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte presentar comunicaciones ante el Comité DESC en las que aleguen ser víctimas de la violación de cualquiera de los DESC reconocidos en el Pacto (art. 2) y además establece un plazo de un año desde la finalización de los recursos internos (art. 3), frente al plazo de seis meses desde la última comunicación a la víctima que establece el art. 46 de la Convención.

- ii) *Respecto a la exigibilidad de los DESC*. Una de las críticas más reiteradas a la regulación jurídica (tanto nacional como internacional) de los DESC es la vaguedad e indeterminación de los términos en los que están redactados, de suerte que resulta muy difícil determinar tanto en qué momento el derecho se cumple o deja de cumplirse y por tanto cuando estamos ante una lesión, como las concretas obligaciones que imponen a los Estados. De esta suerte, se viene a decir, los DESC no serían auténticos derechos inmediatamente exigibles, susceptibles de un control jurisdiccional al uso y cuyo desconocimiento daría lugar a una reparación, sino más bien mandatos, principios o líneas programáticas de la acción de los poderes públicos cuya estructura impide la asociación de auténticas garantías jurisdiccionales.

Este modo de pensar debe entenderse definitivamente superado. En lo teórico, porque la vaguedad e indeterminación de los términos en los

24 Caso *Cinco pensionistas contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de febrero de 2003, parr. 147.

25 Organización de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008.

que están redactados no es patrimonio de un tipo de derechos, sino de la totalidad de los derechos humanos positivizados²⁶. Si algunos de ellos se nos muestran hoy en día con un contenido claro en cuanto al haz de facultades que reconocen al titular y las obligaciones correspondientes que incumben al estado, es porque respecto de ellos existe una práctica social, judicial y administrativa acumulada que ha ido concretando el significado de los términos indeterminados y no por virtud de una supuesta estructura diferente. Todos los derechos humanos positivizados exigen contemporáneamente acciones y abstenciones de los poderes públicos para su eficacia y protección, por lo que no pueden fundamentar la pretendida diferencia estructural o constitutiva²⁷. Del mismo modo, todos los derechos humanos positivizados son programáticos en el sentido de que, contemplándolos históricamente, en términos generales el contenido protegido ha tendido a ampliarse y concebimos esa dinámica como un proceso de “perfeccionamiento” de los derechos. Por esa misma razón, todos los derechos humanos positivizados dependen de condiciones económicas, sociales y políticas para su efectiva realización progresiva.

Desde un punto de vista práctico, es falso que los DESC gocen de un grado de concreción menor que los derechos civiles y políticos. Las “Observaciones Generales” (Anexo III) que desde 1989 el Comité DESC presenta en su Informe al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, supone una concreción exhaustiva, sistemática y diferenciada por niveles de exigibilidad (comportamiento y resultado), de las obligaciones de los Estados Parte del PIDESC y, por tanto, un parámetro interpretativo para el enjuiciamiento de las conductas y omisiones de los Estados respecto a los DESC que bien podría utilizar la Corte con el mismo fundamento con el que, en otras ocasiones referidas a violaciones masivas del derecho

26 Ese mismo argumento ya fue utilizado para criticar las primeras declaraciones de derechos. Un ejemplo clásico es el de las críticas de Jeremy Bentham a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su obra *Anarchical Fallacies: Being an examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution*. Cfr. A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 28-30.

27 Por ejemplo, un derecho que tradicionalmente se ha interpretado que exige una abstención por parte del Estado para su adecuada protección, como es el derecho de propiedad, la Corte Interamericana, en relación con la propiedad de las comunidades indígenas sobre las tierras, ha reconocido deberes positivos por parte del Estado, como la demarcación de las tierras comunales propiedad de las comunidades. Ver Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni V.s. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000; Caso *Pueblo Saramaka V.s. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

a la vida y la integridad física, ha invocado el carácter integral del Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁸.

El nivel más básico de exigibilidad y sobre el que existe un consenso internacional más amplio es el que se depende del art. 2.1 PIDESC, concretado en la Observación General N° 3 (“La índole de las obligaciones de los Estados Parte”)²⁹ y cuya redacción es prácticamente idéntica a la del art. 26 de la Convención³⁰. Sin embargo, en *Cinco pensionistas vs. Perú*, la Corte ni siquiera considera la posibilidad de aplicar el art. 26 de la Convención como parámetro en el contenido mínimo obligatorio establecido en la Observación General. Incluso la Corte podría haber invocado su propia jurisprudencia para aplicar el art. 26 a la luz de la Observación General N° 3, pues como declaró en la Opinión Consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas*, el principio *pro homine* implica que si a una situación concreta son aplicables la Convención y otros tratados internacionales, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana³¹, lo que en Derecho Internacional se conoce como “cláusula del individuo más favorecido”.

Por ejemplo, el Comité DESC, a propósito del derecho a una alimentación adecuada contenido en el artículo 11 del PIDESC, ha dicho:

El derecho a la alimentación adecuada, *al igual que cualquier otro derecho humano*, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes:

- 28 A mayor abundamiento, y para ilustrar un caso fuera del ámbito penal, la Corte, en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006), para establecer que había violación al derecho de información y el derecho a los recursos judiciales, citó el Principio N° 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, resoluciones del Consejo de Europa y de la Convención Aarhus sobre información, participación pública y acceso a la justicia. La Corte ordenó al gobierno diseñar los medios para garantizar el acceso a la información y proporcionar la información solicitada por los demandantes.
- 29 Organización de las Naciones Unidas. Documento E/1991/23.
- 30 Art. 2.1 PIDESC: “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”; art. 26 Convención: “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”.
- 31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

las obligaciones de **respetar, proteger y realizar**. A su vez, la obligación de **realizar** entraña tanto la obligación de **facilitar** como la obligación de hacer **efectivo**. La obligación de **respetar** el acceso existente a una alimentación adecuada requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso. La obligación de proteger requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. La obligación de **realizar (facilitar)** significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de **realizar (hacer efectivo)** ese derecho directamente. Esta obligación también se aplica a las personas que son víctimas de catástrofes naturales o de otra índole³².

Este esquema de las obligaciones exigibles a los Estados es, en principio, aplicable a la totalidad de los DESC. La imposibilidad de invocar autónomamente el art. 26 de la Convención como cobertura jurídica de los DESC reconocidos en el Protocolo de San Salvador hace que resulte imposible controlar en el SIDH las obligaciones de respetar, proteger y realizar.

- iii) *Respecto a la exigibilidad de los derechos frente a terceros*. La llamada eficacia horizontal de los derechos, o su potencial oposición frente a terceros, constituye un elemento fundamental para su garantía en el marco de un orden mundial en el que (si bien los Estados siguen siendo los responsables primarios de su plena vigencia), se multiplican las situaciones en las cuales los derechos pueden verse afectados por acciones u omisiones de otros particulares.

La Corte IDH ha abordado esta cuestión desde sus primeros casos contenciosos en los cuales dejó establecido que: “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 Convención³³.”

32 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 12, párr. 15. (Énfasis del original, cursiva añadida).

33 Véase, por todos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 172.

Pero fue en la OC-18 en la que, respecto de las relaciones labores, señaló que cuando el Estado se constituye en empleador, “éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, sean éstos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente”; pero que también en una relación laboral de derecho privado, “existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”³⁴. En este mismo sentido, se han pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el CDH³⁵.

La cuestión adquiere relevancia cuando los particulares tienen bajo su control bienes y servicios de interés general, vinculados con la satisfacción de los derechos. En efecto, cuando los agentes no estatales participan en la prestación de servicios públicos, el Estado mantiene su responsabilidad de respeto y garantía, y en esa medida, deberá establecer una regulación de las relaciones entre los particulares (para asegurar que éstas resultan plenamente compatibles con los derechos) y velar por su cumplimiento.

Así, por ejemplo, según el artículo 11.9 de la Constitución ecuatoriana, el Estado y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos. Según el artículo 86 constitucional, la *acción de tutela* colombiana procede contra particulares cuando éstos estén encargados de la prestación de un servicio público o estén en situación tal que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo. Igual sentido tiene la disposición contenida en el artículo 88 de la Constitución ecuatoriana relativo al amparo directo, y en el artículo 128 de la Constitución boliviana.

En efecto, las normas del DIDH no excluyen *a priori* al sector privado de la prestación de servicios vinculados con la realización de los derechos (sanidad, agua, saneamiento, educación, vivienda, transporte, energía, etc.). No obstante, dado que la participación de los agentes no estatales

34 Opinión Consultiva OC-18, de 17 de septiembre de 2003, sobre la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrs. 139-140.

35 Véase, OC-18, párrs. 143-145.

en la prestación de estos servicios es cada vez mayor y más compleja, se han desarrollado estándares para asegurar que esté en consonancia con el pleno respeto de los derechos (particularmente los derechos económicos, sociales y ambientales).

En todo caso, el Estado se mantiene como el principal obligado respecto de los derechos, y en esa medida, deberá mantener una capacidad regulatoria independiente y amplia respecto de: **a)** las cuestiones ambientales, económicas y de protección de los consumidores; **b)** la calidad, disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad de los servicios; **c)** la equidad e igualdad en el acceso, manteniendo los subsidios destinados a los sectores menos favorecidos; **d)** la transparencia y la publicidad en la gestión, la efectiva y oportuna participación de los usuarios y un sistema estructurado de supervisión y rendición de cuentas, y **e)** los mecanismos de denuncia (disponibilidad de recursos accesibles, no onerosos, eficaces y rápidos, con posibilidad de apelación judicial)³⁶.

Más aún, la decisión de delegar los servicios debe ser parte de una estrategia nacional, y los procesos de delegación deben garantizar la transparencia, el acceso a la información, la capacidad negociadora de las autoridades locales y la cobertura universal. Por tanto, si bien los Estados pueden optar por diversos modelos de prestación de servicios, en todo caso éstos deben resultar consistentes con la perspectiva de los derechos, lo cual implica: **a)** priorizar el acceso universal, atendiendo especialmente a los grupos marginados; **b)** eliminar las desigualdades y la discriminación en el acceso; **c)** financiar adecuadamente su funcionamiento y mantenimiento para evitar que se pierdan las inversiones; **d)** asegurar la planificación y coordinación institucional entre los distintos niveles de gobierno para evitar duplicidades; **e)** asegurar que los servicios resultan culturalmente aceptables³⁷.

Lo cierto es que el ámbito del DIDH proporciona suficientes lineamientos para garantizar la **responsabilidad de las empresas**. Desde el 2003, la entonces Comisión de Derechos Humanos, a través de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, hizo público un

36 Véase, por todos, el Informe sobre *las obligaciones de derechos humanos y las responsabilidades de los proveedores no estatales de servicios* (A/HRC/15/31, de 29 de junio de 2010), de la Relatora de NNUU sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento.

37 Véase, por todos, el Informe sobre *la sostenibilidad del ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento* (A/HRC/24/44, de 11 de julio de 2013), de la Relatora de NNUU sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento.

documento sobre *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos* (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2). Según este instrumento, en el desarrollo de sus actividades estos agentes están obligados a respetar, promover, proteger y hacer cumplir los derechos, atendiendo especialmente a las necesidades de los grupos más vulnerables, y en todo caso, a abstenerse de todo acto que impida su ejercicio. Las corporaciones quedan, por tanto, sujetas a las normas de Derecho Internacional, a la legislación nacional, las prácticas administrativas, el Estado de Derecho, el interés público, los objetivos de desarrollo, las políticas sociales, económicas y culturales, y la autoridad de los Estados en los que realizan sus actividades. Se recomienda, además, que las empresas sean objeto de una vigilancia transparente e independiente, y de una evaluación periódica por organismos internacionales.

Y si debido al incumplimiento de estas reglas resultasen afectados los derechos, las empresas deberán asegurar una compensación rápida, eficaz y adecuada a las personas, entidades y comunidades perjudicadas. Los tribunales nacionales, los internacionales o ambos, en su caso, podrán intervenir en la determinación de los daños y aplicar estas normas sobre responsabilidad de las empresas, con arreglo al Derecho nacional e internacional.

También a solicitud de la Subcomisión, desde 2002 el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) presentó un Informe (E/CN.4/Sub.2/2002/9) sobre las posibles consecuencias de la liberalización de los servicios sobre el ejercicio de los derechos humanos, advirtiendo que si bien la inversión privada extranjera podía contribuir a mejorar la prestación de algunos servicios, cuando la reglamentación resulta insuficiente o inadecuada, puede ponerse en riesgo el acceso a los servicios básicos de los sectores sociales menos favorecidos. Un año más tarde, el Alto Comisionado presentó un Informe adicional (E/CN.4/Sub.2/2003/9) sobre los derechos humanos, el comercio y las inversiones, señalando que las repercusiones de la privatización de los bienes y servicios no pueden suponer una dejación de las obligaciones estatales en materia de promoción y protección de los derechos humanos, y que la carrera por realizar inversiones altamente rentables no debe dejarlos sin efecto.

Asimismo, el ACNUDH ha elaborado una Guía sobre *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos* (2012), en la que establece los principios rectores que deben guiar sus actuaciones. Se trata, entonces, de que las empresas actúen con la **debida diligencia** para evitar que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias

negativas sobre los derechos, y de que cuando se produzcan consecuencias, hagan frente a las mismas. En esa medida: **a)** deberán intentar prevenir riesgos reales y potenciales en todo el ciclo de la actividad comercial o, en su caso, mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos, directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos; **b)** deberán evitar cualquier complicidad en posibles abusos cometidos por otros actores (incluido el Estado), y **c)** deberán evaluar si la prestación de servicios que realizan efectivamente contribuye a la realización de los derechos.

La responsabilidad respecto de los derechos, según los principios rectores que establece la *Guía*, se aplica a todas ellas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. “Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos”. Es esencial, en todo caso, que existan mecanismos de participación a nivel operativo, y de reclamación para reparar rápidamente los posibles daños; dichos mecanismos, deben estar disponibles para individuos y comunidades, y deben ser adecuados y efectivos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes y compatibles con los derechos.

La *debida diligencia* implica, en definitiva, que la obligación de los Estados de proteger los derechos incluye evitar que posibles interferencias de terceros (especialmente las empresas, y particularmente las transnacionales) afecten su ejercicio. Por tanto, deberán adoptar medidas para prevenir dicha afectación, o en su caso, para investigar, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas.

- iv) *Respecto a las obligaciones extraterritoriales de los Estados*. Otro elemento que debe tenerse en cuenta para la óptima aplicación de los derechos, son las **obligaciones extraterritoriales** de los Estados. Es decir, aquellas relativas a “las acciones u omisiones de un Estado, llevadas a cabo dentro o fuera de su propio territorio, que afecten el disfrute de los derechos humanos fuera de su territorio”, así como obligaciones de carácter global, establecidas en los instrumentos de derechos humanos, que requieran la adopción de medidas por separado o conjuntamente con otros Estados, para realizar los derechos universalmente³⁸.

38 Véase, Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ETO, febrero de 2013.

Los Estados tienen entonces el deber de *respetar*, *proteger* y *satisfacer* los derechos, **a)** en toda situación sobre la que ejerzan autoridad o control efectivo, **b)** cuando sus acciones u omisiones tienen efectos previsibles en el disfrute de los derechos, dentro o fuera de su territorio, y **c)** siempre que estén en condiciones de ejercer una influencia decisiva o de adoptar medidas para la realización de los derechos. Por tanto, incurren en responsabilidad por conductas que les sean atribuibles y que constituyan una vulneración de derechos, dentro o fuera de su territorio.

El alcance de dicha responsabilidad, se extiende a los actos u omisiones de actores no estatales que actúen bajo sus instrucciones, su dirección o control, y de personas o entidades (como las empresas comerciales) cuando estén facultadas por el Estado para ejercer atribuciones del poder público, y estén actuando en esa capacidad. Asimismo, como miembro de una organización internacional, el Estado sigue siendo responsable de su conducta en relación con las obligaciones en materia de derechos, dentro o fuera de su territorio.

d) *Lagunas de ratificación y de implementación*

Las “lagunas de implementación” existen cuando los Estados no promulgan legislación nacional, o no establecen los procedimientos e instituciones necesarios para implementar una norma internacional a nivel doméstico. Por ejemplo, Amnistía Internacional denuncia que en Chile las violaciones de derechos humanos como la tortura y otros malos tratos cometidos por las fuerzas de seguridad son competencia del sistema de justicia militar, que podría carecer de independencia e imparcialidad; el gobierno estadounidense tampoco garantiza la rendición de cuentas por los actos de tortura y las desapariciones forzadas cometidos en el contexto de las operaciones de lucha contra el terrorismo. No ha comparecido ante la justicia ninguno de los responsables de que en los centros de detención gestionados por la Agencia Central de Inteligencia (CIA) en todo el mundo se utilicen técnicas de interrogatorio tales como el simulacro de ahogamiento (*water-boarding*), la privación prolongada del sueño o las posturas en tensión. El Comité de Inteligencia del Senado estadounidense ha llevado a cabo una revisión del programa de la CIA, ya clausurado, pero el informe de dicha revisión, de más de 6.000 páginas, permanece clasificado³⁹.

Las “lagunas de ratificación” ocurren cuando los Estados no manifiestan su voluntad de quedar vinculados por un tratado internacional. El estudio de las

39 Cfr. Amnistía Internacional, *La tortura en 2014. 30 años de promesas incumplidas* (disponible en: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/ACT40/004/2014/es/43dfeb4e-2e43-47e6-abef-900b54756684/act400042014es.pdf>), pp. 32-33.

lagunas de implementación no es el objeto de este Informe, aunque es misión de los mecanismos de supervisión dedicados al seguimiento denunciar en sus informes la existencia de estas lagunas y reclamar su adecuada corrección. Respecto a las ratificaciones, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* lo cierto es que no es “americana”, sino exclusivamente latinoamericana, dado que ni Estados Unidos ni Canadá, ni los países del Caribe (con la salvedad de República Dominicana, Haití, Jamaica, Dominica, Suriname y Barbados) han ratificado la Convención, mientras Trinidad y Tobago y Venezuela la tienen denunciada (es decir, la Convención está vigente para 22 de los 35 estados signatarios de la Carta de la OEA). Los países que en algún momento han aceptado la competencia contenciosa de la Corte son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. La *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* está vigente para 19 Estados; el *Protocolo de Sana Salvador* cuenta con 20 Estados signatarios, incluida Venezuela; el *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte*, ha sido firmado por 13 Estados; la *Convención de Belem do Para para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer*, por 32 Estados (con la excepción de EEUU y Canadá); la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, por 16 Estados; la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, por 21 Estados; La *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia* (adoptada el 6 de mayo de 2013), ha sido ratificada por Argentina, Brasil, Ecuador y Uruguay; La *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia* (adoptada el 6 de mayo de 2013), ha sido ratificada por Argentina, Brasil, Ecuador, Uruguay, Costa Rica y Antigua y Bermuda.

4. La insuficiencia del activismo judicial como método de corrección, adaptación y desarrollo del SIDH

Las deficiencias, errores, limitaciones y lagunas del SIDH han provocado la necesidad de un fuerte “activismo judicial” por parte de la CIDH tanto para adaptar los instrumentos jurídicos vinculantes (que, por economía del lenguaje, llamaré la *Convención*) a las nuevas situaciones que se plantean, como a las contemporáneas exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Durante las presidencias de los jueces Antonio Cançado Trindade (1999-2004) y Sergio García Ramírez (2004-2007), la

Corte Interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de la persona como en asuntos referidos a la competencia y la función del tribunal:

- a) Creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos o modificó algunos existentes⁴⁰;
- b) Extendió su competencia sobre hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana para el Estado en cuestión, como en el caso *Almonacid Arellano contra Chile* (sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 42-50). En este caso, la Corte sostuvo que era competente para conocer sobre la responsabilidad internacional del Estado chileno por la omisión de perseguir penalmente a los autores de un homicidio ocurrido en 1973 fundada en la aplicación de una ley de amnistía de 1978, a pesar de que ese Estado ratificó la Convención Americana en 1990. La Corte consideró

40 Por ejemplo, la regla que prohíbe amnistiar graves violaciones de los derechos humanos (caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 41-44) o bien crímenes internacionales (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 105-129 y 151); la regla que prohíbe la prescripción de violaciones de los derechos humanos (caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, § 116-117), de graves violaciones de los derechos humanos (entre otros, caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 41); de muy graves violaciones de los derechos humanos (caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2007, § 111) o de crímenes internacionales (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151-153); la regla que restringe la aplicación del *no bis in idem* en caso de descubrir nuevas pruebas luego de la sentencia definitiva (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 154); la regla que limita la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en ciertos casos (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151 y caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 226); la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso (caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 149); la regla que establece el derecho de los familiares de las víctimas a la verdad (entre muchos otros, casos *Velásquez Rodríguez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, § 181, y *Godínez Cruz contra Guatemala*, sentencia de fondo, 20 de enero de 1989, § 191); la regla que establece el derecho de los familiares de las víctimas a que el derecho a la verdad sea logrado a través de procesos judiciales (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 150); la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular (opinión consultiva OC 16/99, de 1 de octubre de 1999, sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, § 137); la regla de que las víctimas y sus familiares deben tener amplias facultades para actuar en el proceso interno (entre otros, caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, sentencia de supervisión de cumplimiento de sentencia, 8 de agosto de 2008, § 14; caso *Escué Zapata contra Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007, § 166).

que tenía competencia para conocer si la omisión de anulación de la ley de amnistía y la falta de persecución de los autores a partir de 1990 violaba la Convención.

- c) Extendió la eficacia jurídica de sus decisiones contenciosas más allá del caso concreto (caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia interpretativa, 3 de septiembre de 2001, punto 2 de la parte resolutive y § 18, y caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, punto 6 de la parte resolutive) o bien respecto a estados que no habían intervenido en el proceso internacional (caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de septiembre de 2006, punto 5 de la parte resolutive). En este caso, la Corte ordenó a todos los estados partes en la Convención juzgar en su territorio o extraditar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos allí constatadas⁴¹.
- d) Ha intensificado el valor de su jurisprudencia, declarando que debe constituir una guía para aquellos Estados que no son parte en el proceso o en las medidas (resolución de la Corte Interamericana de 24 de junio de 2005 sobre *Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*), o mediante la doctrina del control de convencionalidad, según la cual los Estados deben analizar la compatibilidad de su ordenamiento interno con la Convención Americana teniendo en cuenta la interpretación de la Corte Interamericana (entre otros, caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 124).
- e) Como “reparación” de la violación de un derecho garantizado en la Convención la Corte con frecuencia ordena a los estados que adopten medidas que inciden sobre esferas de competencia de los poderes públicos fuertemente vinculadas con la soberanía nacional. Por ejemplo, la Corte ha ordenado la derogación o sanción de leyes o de normas constitucionales⁴²

41 Similar, aunque no tan categórico, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 227.

42 Por ejemplo, la Corte Interamericana ordenó la modificación de los delitos de terrorismo y traición a la patria (caso *Lluyza Tamayo contra Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 27 de noviembre de 1998, punto 5 de la parte resolutive); la derogación de leyes penales y procesales de emergencia incompatibles con la Convención (caso *Castillo Petruzzi contra Perú*, sentencia de fondo y reparaciones, 30 de julio de 1999, punto 14 de la parte resolutive y § 204-208); la adopción de medidas legislativas y de cualquier otra índole necesarias para adecuar de manera general el ordenamiento jurídico a las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario (caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas, 22 de febrero de 2002, punto 4 de la parte resolutive); la derogación del delito de desacato y la reforma de las leyes que regulan la competencia de los tribunales militares y el

(incidencia en la esfera del poder legislativo o constituyente local), la revisión de decisiones de tribunales locales en procesos pendientes o terminados con sentencia definitiva o bien la adopción de medidas procesales concretas⁴³

proceso ante dichos tribunales de acuerdo con las pautas establecidas en la sentencia (caso *Palamara Iribarne contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2005, puntos 13, 14 y 15 de la parte resolutive y § 79-93, 120-144, 162-189 y 254-257); la adecuación de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas a los estándares de la Convención Interamericana contra la Tortura y la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas (caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de septiembre de 2006, punto 12 de la parte resolutive y § 91-93 y 179); la modificación de una ley que imponía el deber de pagar una tasa, en concepto de depósito, a personas desvinculadas del proceso cuyos bienes habían sido incautados y mantenidos en depósito judicial con base en una medida cautelar durante el procedimiento (caso *Chaparro Álvarez y Laño Iñiguez contra Ecuador*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2007, punto 11 de la parte resolutive y § 192-195 y 266-269); la aprobación de un Código de Ética Judicial con determinado contenido (caso *Apítz Barbera y otros contra Venezuela*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de agosto de 2008, punto 19 de la parte resolutive y § 253).

- 43 Por ejemplo, la Corte Interamericana ordenó la libertad de una persona condenada por tribunales nacionales (caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia de fondo, 17 de noviembre de 1997, punto 5 de la parte resolutive y § 84), la anulación de una sentencia firme condenatoria y la realización de un nuevo juicio (caso *Castillo Patrucco contra Perú*, sentencia de fondo y reparaciones, 30 de julio de 1999, punto 13 de la parte resolutive), la reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada en aplicación de una ley de amnistía tras haber sostenido la invalidez de esa ley y su incompatibilidad con la Convención Americana, así como la imposibilidad de alegar, en dichos procesos, la prescripción de la acción u otras causales eximentes de responsabilidad penal (caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, puntos 3-5 de la parte resolutive y § 41-44); la anulación de una sentencia firme condenatoria fundada en una ley que no respetaba el debido proceso y la eliminación de los antecedentes penales (caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 3 de diciembre de 2001, puntos 4 y 5 de la parte resolutive y § 77 y 78), la modificación de una sentencia de un tribunal supremo nacional que había impuesto el pago de multa y costas procesales (caso *Cantos contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, puntos 1-4 de la parte resolutive), la continuación de la investigación de un delito a pesar de haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción previsto en la ley nacional (caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, punto 4 de la parte resolutive), la anulación de varias sentencias condenatorias dictadas por tribunales militares (caso *Palamara Iribarne contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2005, punto 12 de la parte resolutive y § 253); la reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada en aplicación de una ley amnistía, tras haber sostenido la invalidez de esa ley y su incompatibilidad con la Convención Americana, así como la imposibilidad de alegar, en dichos procesos, la prescripción de la acción, la irretroactividad de la ley penal o la regla *ne bis in idem* (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, puntos 5 y 6 de la parte resolutive y § 145-157, especialmente 147 y 151), la anulación de una sentencia que condenaba a pena de prisión y al pago de una indemnización y la supresión de los antecedentes penales (caso *Kimel contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, puntos 7 y 8 de la parte resolutive y § 121-123), la reintegración en sus cargos a jueces destituidos por un tribunal nacional (caso *Apítz Barbera y otros contra Venezuela*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de agosto de 2008, punto 17 de la parte resolutive y § 246).

(incidencia en la esfera del poder judicial local) y también la realización de ciertas políticas públicas que implican, a su vez, la asignación de los recursos estatales en una determinada dirección⁴⁴ (incidencia en la esfera del poder ejecutivo local).

Como ya hemos señalado, creemos que el hecho más relevante de este modo de proceder de la Corte es el de poner de manifiesto la *insuficiencia* de los instrumentos vinculantes del SIDH y la *necesidad* de un amplio activismo judicial para poder adaptarlos a los requerimientos actuales en materia de protección de los derechos humanos. Lo que debe argumentarse ahora es si el activismo judicial sirve para sostener el mantenimiento del Sistema actual con las maniobras adaptativas de la jurisprudencia o si, por el contrario, dicho activismo es también insuficiente para la adecuada protección de los derechos. Creemos que el activismo adaptativo es manifiestamente *insuficiente e inadecuado* para conseguir niveles óptimos de protección de los derechos humanos por los siguientes argumentos:

- a) *La Corte IDH carece de competencia convencional para crear nuevos derechos* toda vez que no existe ninguna disposición en la Convención de apertura a otros tratados internacionales que no formen parte del SIDH o a estándares internacionales de contenido, protección y exigibilidad de los derechos humanos. El artículo 33 dispone que la Corte Interamericana es competente “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en *esta* Convención”. El artículo 62.3 confirma esta regla: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de *esta* Convención” (cursiva añadida). Algunos tratados internacionales posteriores extendieron la competencia de la Corte Interamericana a la interpretación y aplicación de otros derechos y normas previstos en ellos (art. 19.6 del *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. XIII de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de*
- 44 Por ejemplo, la Corte ha ordenado implementar y desarrollar, en el plazo de cinco años, en ciertas comunidades afectadas por una masacre, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región, los siguientes programas: a) estudio y difusión de la cultura maya achí a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las comunidades afectadas y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas (caso *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas, 19 de noviembre de 2004, punto 9 de la parte resolutive y § 109-111).

Personas y el artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

b) *El activismo judicial es insuficiente porque los derechos de creación jurisprudencial no son auténticos derechos:*

b.1) Aunque la crítica más extendida al activismo de la CIDH es que “crea” derechos nuevos cuando carece manifiestamente de competencia convencional para ello, lo cierto es que los derechos de creación jurisprudencial no son auténticos derechos, en tanto que basta la opinión distinta de una nueva Corte para que dejen de serlo, sin que exista un soporte normativo exigible para contradecir la opinión del juez y sostener la pretensión de los actores. Ello resulta evidente si revisamos los argumentos sobre los que la CIDH ha sostenido su activismo interpretativo:

- i) En ocasiones la Corte fundamenta la creación judicial de derecho derivando reglas jurídicas concretas de conceptos absolutamente abstractos, como la “idea de justicia objetiva”, las “leyes de humanidad”, el “clamor universal”, o la “conciencia jurídica universal”. Este tipo de justificación es recurrente en los votos del juez Cançado Trindade y el caso *Barrios Altos* ofrece un ejemplo⁴⁵. El problema es que estos conceptos abstractos ofrecen múltiples posibilidades de concreción casi dependientes en su totalidad de la ideología del juez y no resulta posible afirmar que las concreciones que hasta el momento ha realizado la Corte coincidan con una suerte de sentir jurídico internacional consolidado, por lo que la garantía de permanencia de este tipo de interpretaciones es muy débil.
- ii) En otras ocasiones, la CIDH fundamenta su activismo en una suerte de competencia adaptativa al referirse a los tratados de derechos humanos como “instrumentos vivos”: “instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁴⁶, o bien “instrumentos vivos, que requieren una interpretación

45 Caso *Barrios Altos* contra Perú, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 15 y 24-26.

46 Opinión consultiva OC 16/99, sobre *el Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1 de septiembre de 1999, § 114 y 155 (la cita textual está en el § 114); opinión consultiva OC 10/89, sobre la *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*, de 14 de julio de 1989, § 37-38; caso *Villagrán Morales y otros contra Guatemala* (conocido como *Niños de la calle*), sentencia de fondo, 19 de noviembre de 1999, § 193 y 194; caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia de fondo, 18 de agosto de 2000, § 99,

evolutiva [...] para atender a las necesidades cambiantes de protección del ser humano⁴⁷. Ahora bien, la competencia de interpretación adaptativa de la CIDH, obviando los problemas jurídicos que plantea su afirmación, no supone necesariamente una *vis* expansiva del contenido de los derechos, toda vez que el signo de los tiempos no es necesariamente progresista en un sentido unívoco, sino que la evolución es más bien contradictoria, dándose tendencias encontradas a la evolución expansiva de ciertos derechos humanos en detrimento de otros, como puede ser la consolidación de los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos en detrimento de las garantías penales de los perpetradores. Sólo una visión integral de los derechos humanos como especies jurídicas indivisibles, convencionalmente establecida y sistematizada podría servir de ayuda (que no resolver definitivamente) las contradicciones inherentes a la propia interpretación evolutiva.

- b.2) Los derechos de creación jurisprudencial tampoco son auténticos derechos, en el sentido de que no son universales, sino que en muchas ocasiones limitan su eficacia al caso concreto para el que han sido definidos. Ello puede verse en la ampliación de las medidas de reparación que por vía jurisprudencial ha ido incluyendo la Corte. Por ejemplo, en el caso *Masacre Plan de Sánchez*, la Corte ordenó implementar y desarrollar en las comunidades afectadas por la masacre y en el plazo de cinco años, entre otros programas la construcción de sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; la dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades y el establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas. El acceso al agua potable, a la protección efectiva de la salud y a una educación intercultural en el caso de las comunidades indígenas deben ser derechos humanos exigibles, y no medidas reparadoras de la violación del derecho a la vida. Y ello no sólo por una exigencia de justicia, sino también porque, desde un punto de vista técnico, una injerencia tal de la Corte en la soberanía de un Estado sólo puede fundamentarse en la protección y restitución de derechos humanos.

402 y 403; caso *Ríos Montos Velizquez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez Cançado Trindade, § 34 a 38; caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, sentencia de fondo y reparaciones, 31 de agosto de 2001, § 148 y 149.

47 Caso *Cinco pensionistas contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de febrero de 2003, voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 16.

Jurídicamente, y en tanto que medidas reparadoras, no se entiende porqué una determinada comunidad que ha sufrido crímenes horribles tiene más o mejor derecho a determinadas infraestructuras que otra que, teniendo las mismas necesidades, no ha sufrido crímenes horribles o éstos no han sido judicializados. Sólo un derecho humano podría justificar una decisión de una jurisdicción internacional sobre la distribución del gasto público basado en necesidades.

- c) *Siempre existe el peligro de una regresión jurisprudencial y ya se ha producido en el SIDH: La Sentencia Mémoli vs. Argentina*

Siempre existe el peligro del regreso a una interpretación textual de la Convención que, a todas luces, iría en detrimento de la expansión garantista de las competencias que la Corte ha venido afirmando en su jurisprudencia, porque incluso cuando la Corte ha fundamentado expresamente su posición en artículos convencionales concretos siempre lo ha hecho forzando mucho -sino directamente contra- la interpretación textual de los mismos (como es el caso de los arts. 1.1, 2, 8 y 5 de la Convención en el caso *Barrios Altos*, o de los arts. 8.1, 8.4 y 9 que, interpretados a la luz de los “derechos de las víctimas”, permiten a la Corte prescindir de las garantías penales que éstos mismos artículos consagran. Además, este caso sería tanto más probable cuanto que el art. 29 a prohíbe a toda persona, grupo o Estado suprimir el goce de los derechos en ella consagrados o limitarlos en mayor medida de lo en ella previsto).

Ejemplo de este peligro de regresión es el que se ha producido en la reciente Sentencia de la Corte *Mémoli vs. Argentina*. En 1990, Pablo Mémoli, director de un periódico en una pequeña ciudad de la provincia de Buenos Aires, denunció que una sociedad privada había vendido bienes públicos pertenecientes a la municipalidad (nichos del Cementerio Municipal de San Andrés de Giles). Gracias a la denuncia, la justicia intervino, los afectados se enteraron que los contratos de compraventa eran inválidos y recuperaron su dinero. El juez que invalidó los contratos decidió que los directivos de la sociedad habían actuado sin conocimiento de que no podían vender bienes públicos que no les pertenecían, por lo que Mémoli fue condenado por injurias a cinco meses de prisión y su padre, que era miembro de la sociedad y había denunciado los hechos ante las autoridades competentes, a un mes de prisión por injurias, conforme a un tipo penal que posteriormente fue eliminado en Argentina por Ley N° 26.551, promulgada el 26 de noviembre de 2009.

Esta Sentencia supone una clara regresión jurisprudencial respecto a los estándares establecidos por la Corte en materia de libertad de expresión,

de penalización de las opiniones y de retroactividad de la norma penal más favorable. Considero el cambio de jurisprudencia *in peius* es aquellos aspectos, que, mucho me temo, apuntan nuevas líneas de conducta de la Corte:

- i) La Corte renuncia a controlar si el juez doméstico ha realizado o no correctamente el control de convencionalidad. En este caso, dicho control consistiría en una ponderación entre la libertad de expresión (art. 13) y el derecho a la protección de la honra y la dignidad (art. 11), estableciendo si existe la necesidad de las responsabilidades para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás conforme al art. 13 de la Convención y no se trata en realidad de un mecanismo de censura indirecta. Pero, en la Sentencia no se procedió así y se optó, en cambio, por la posición de que es a la jurisdicción interna del Estado a la que le compete realizar el examen de los hechos correspondientes, que ella estaba “en mejor posición para valorar el mayor grado de afectación en un derecho u otro” y por eso se valora y se acepta como válida la decisión adoptada por la jurisdicción del Estado, en orden a que las citadas declaraciones constituyeron injuria (párrs. 141 a 144), estimándose el examen efectuado por la jurisdicción interna del Estado como una “ponderación razonable y suficiente” (párr. 143).

Independientemente de que la ponderación en el caso de origen no es que no fuera razonable y suficiente, sino que directamente no existía (no se aplicó el principio de proporcionalidad, no se consideraron las circunstancias concretas del caso [...], considerar que el juez interno está en mejor posición para valorar la ponderación entre derechos, consiste en un argumento de carácter general que permitirá en el futuro a la Corte renunciar al control de la aplicación de los derechos humanos por parte de los tribunales internos y apunta por ello hacia un línea mucho menos intervencionista de la Corte y, con ello, necesariamente menos garantista. La Corte renuncia a aplicar el esquema de análisis que ella misma se había dado en *Kimel vs. Argentina* y que consistía en un juicio de proporcionalidad: es la propia Corte la que debía estudiar si la protección de la reputación sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención; determinar la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; evaluar la necesidad de tal medida; y analizar la estricta proporcionalidad de la medida (párr. 58).

En este ámbito siempre se ha dado una discrepancia entre los Informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión, que declaran la inidoneidad de la sanción penal para proteger el derecho al honor frente a la libertad

de expresión por su carácter intimidatorio⁴⁸, y la posición de la Corte que, aceptando el medio penal, lo somete a un control de convencionalidad. Cabe resaltar que el juez García Sayán, Presidente de la Corte en *Mémoli*, ya había subrayado en sus votos particulares concurrentes de manera más incisiva que la propia Corte la validez jurídica de partida del derecho penal como límite a la libertad de expresión. El problema de esta Sentencia es que va más allá de esta polémica, estableciendo la *deferencia* de la Corte con las interpretaciones realizadas por el juez doméstico. De esta suerte, se estaría introduciendo en el SIDH la *doctrina del margen de apreciación* del Sistema Europeo, que consiste precisamente en concebir que los órganos internos están en mejor posición que el juez internacional para apreciar las circunstancias del caso que pueden justificar la restricción o desconocimiento de un derecho humano⁴⁹.

- ii) La Sentencia igualmente acepta el rechazo del alegato del interés público de la información transcrita por parte de la jurisdicción doméstica, concluyendo que las informaciones contenidas en las expresiones de los señores Mémoli no eran de interés público porque no involucraban a funcionarios o figuras públicas ni versaban sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado, sino que se habrían producido en el contexto de un conflicto entre personas particulares sobre asuntos que, eventualmente, solo afectarían a los miembros de una Asociación Mutua de carácter privado y que no eran de notorio interés para el resto de la población de San Andrés de Giles (párrs. 145 a 149). Independientemente de la dificultad de aceptar que una información sobre la venta ilícita de bienes públicos no sea de interés público, la Corte ha afirmado que, en una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente no sólo sobre cuestiones de interés público, sino que afecten a bienes sociales⁵⁰, y parece que los nichos del Cementerio municipal son bienes sociales.
- iii) La Sentencia también afirma que el principio de legalidad y de retroactividad previsto en el artículo 9 de la Convención (“[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”) no ha sido violado porque, por un lado, al haberse concluido que las expresiones de los señores Mémoli no se referían a asuntos de interés público, no les aplicaría la despenalización

48 Ver Instituto de Derechos Humanos, *Los cinco primeros Informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, San José de Costa Rica, 2003, pp. 102 y 103.

49 Esta jurisprudencia se inaugura con el asunto *Handyside v. United Kingdom*, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Series A No. 24 (1979-80) 1 EHRR 737, párr. 48

50 Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 88.

de este tipo de expresiones en el derecho penal argentino (párrs. 91 y 92) y, por otro lado, porque la sanción penal que se les impuso se encuentra, en opinión del tribunal interno competente, materialmente agotada, por lo cual igualmente no procedería la aplicación de la nueva ley a la condena penal impuesta en su contra (párr. 158). El agotamiento de las condenas no implica la imposibilidad de revisar las sentencias condenatorias, necesarias para la salvaguarda de la honra y el patrimonio del condenado, y así lo reconoció el propio Estado argentino en la ya citada Sentencia *Kimel*. Las consecuencias del proceso penal continúan, puesto que los demandantes se encontraban sujeto a un proceso civil que había embargado sus bienes para asegurar los daños y perjuicios. A este respecto la Corte, como ha hecho en otras ocasiones, debería haber valorado, por una parte, si la “exigencia resultante de la sentencia conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad”⁵¹ y, por otra, si esas consecuencias colocaban en una situación de vulnerabilidad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, conducta de la que el Estado debe abstenerse⁵².

5. La insuficiencia de la estrategia procesal de conexión con los derechos civiles y políticos para rellenar las lagunas de supervisión relativas a la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC: la ausencia de una visión integral e interdependiente de los derechos humanos en SIDH

El hecho de que el activismo de la Corte se haya centrado en la criminalización y reparación de los crímenes horribles contra los derechos a la vida y a la integridad física, pero no en ese nuevo campo de violación de derechos humanos por exclusión social, política y económica, ha impedido que se puedan plantear las cuestiones emergentes en la radicalidad de sus aspectos novedosos – y más interesantes para el avance de la protección de los derechos humanos y su adecuación a las problemáticas del presente- sino que deben ser encuadrados en problemas ya conocidos para que puedan resolverse por analogía con las situaciones contempladas en la jurisprudencia convencional. Por ejemplo, no es posible plantear directamente la vulneración de derechos económicos, sociales y

51 Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 133.

52 Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 172.

culturales (salvo en el caso de la libertad de asociación sindical del art. 8.1.a y del derecho a la educación del art. 13, según el art. 19.6, todos ellos del Protocolo de San Salvador), sino que es necesario plantear los casos como violación de derechos civiles y políticos, particularmente del derecho a la vida o del derecho al debido proceso, según la interpretación del Preámbulo del Protocolo de San Salvador realizada por la CIDH; no es posible plantear formalmente nuevas lecturas del contenido de los derechos o, directamente, derechos nuevos o emergentes, sino analogías con problemas clásicos de violencia y discriminación.

Sin embargo, las nuevas situaciones de violación de los derechos humanos en la región no puede decirse que involucren la afectación de un derecho concreto, sino más bien el ejercicio mismo de los derechos, el acceso real a la condición de ciudadano, derivado de las condiciones de desigualdad y exclusión, por lo que ponen de manifiesto la directa vinculación que, a la hora de su ejercicio, existe entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, culturales, sociales y ambientales, reclamando así una visión integral de los derechos humanos que haga expresa la mutua interdependencia que existe entre los distintos derechos y de éstos (de todos ellos) con la acción positiva del estado.

Esta visión integral e interdependiente de los derechos humanos no existe en los Textos del SIDH, sino que más bien limitan las posibilidades de llegar a imponerla por vía interpretativa. El SIDH ha avanzado en el reconocimiento separado de facultades a grupos vulnerables, subordinados o excluidos que justificarían un trato diferenciado por parte del estado⁵³, pero desde un punto de vista estructural lo máximo que puede decirse de esta casuística es que ha avanzado desde un entendimiento de la igualdad como no discriminación hacia

53 Sobre las obligaciones de los Estados de garantizar el ejercicio de derechos civiles, políticos y sociales a los miembros de las comunidades indígenas, pueden verse los siguientes casos: *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala* (Corte IDH, Fondo, Sentencia de 29 de abril de 2004, Serie C No. 105); *Comunidad Moivana vs. Surinam* (Corte IDH, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124) y *Comunidad Indígena Yakyje Axa vs. Paraguay* (Corte IDH, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125). El principio de igualdad llevó a la Corte a reinterpretar las obligaciones del Estado en materia de derecho a la vida hasta incorporar el deber de garantizar ciertos mínimos vitales de salud, agua y educación vinculados con el derecho a la vida digna de una comunidad indígena expulsada de su territorio colectivo, en el caso de la *Comunidad Sanboyamaca vs. Paraguay* (Corte IDH, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146) y en las subsiguientes decisiones de supervisión del cumplimiento de la sentencia. Ver también Caso *Simone André Diniz vs. Brasil* (CIDH, Petición 12.001, Admisibilidad, Informe 37/02, 9 de octubre de 2002), en el que se alega el incumplimiento del deber estatal de protección frente a conductas discriminatorias de particulares, basadas en el color o la raza. Sobre la obligación de adoptar políticas y medidas positivas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, ver: CIDH, *Maria Da Penha Maia Fernández vs. Brasil*, Caso 12.051, Informe 54/01, 16 de abril de 2001. Sobre cupos en el sistema electoral argentino, ver: CIDH, *María Merciadri de Moroni vs. Argentina*, Caso 11.307, Informe 103/01, 11 de octubre de 2001.

una emergente comprensión substantiva de la igualdad en la que debe tenerse en cuenta las condiciones reales de la víctima y el contexto social en que las medidas impugnadas se aplican. Ello no implica la asunción por vía interpretativa de la integralidad e interdependencia de los derechos humanos, sino simplemente la llegada al SIDH de la concepción moderna de la igualdad que viene desarrollándose desde la Constitución de Weimar.

El único ámbito en el que es posible hablar de una cierta integración entre el ejercicio de derechos civiles y políticos y de derechos culturales, es en el caso de la relectura del art. 21 de la CADH para integrar en ella los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169 de la OIT. Pero este caso pone de manifiesto las limitaciones del SIDH, que obliga a forzar interpretativamente sus disposiciones para poder incluir en ella avances provenientes de otros sistemas y sobre los que existe consenso internacional sobre su obligatoriedad.

De esta suerte, no es tanto el SIDH el que se adapta a la realidad cambiante, como suele expresarse en las visiones más optimistas de la función interpretativa de los derechos humanos, sino que es la práctica de abogados y grupos defensores de los derechos humanos, por una parte, pero también la respuesta de los Estados demandados, por otra, las que se adaptan a aquellas demandas y pretensiones que “cabén” en el tipo de activismo judicial practicado y que, previsiblemente, serán atendidas por el SIDH. No es por tanto la situación real de los derechos humanos en América la que emerge en la actividad del SIDH para que éste le dé respuesta fundada en justicia, sino que son las situaciones de vulneración de derechos que mejor pueden integrarse en las respuestas del SIDH las que entran en el circuito, dejando fuera muchas otras que bien no caben en las respuestas tradicionales, bien carecen de un grupo de abogados lo suficientemente habilidoso como para darles una lectura “tradicional”.

Pero además, ésta vía de interpretación analógica ha provocado la irritación de algunos estados que denuncian la relativa inseguridad jurídica que se deriva de la inexistencia de criterios claros y objetivos de admisión de peticiones y adopción de medidas cautelares por parte de la CIDH.

La estrategia procesal que se ha seguido en el SIDH para conseguir una cierta justiciabilidad de los DESC ha consistido, en el plano teórico, en afirmar la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y, en el plano práctico, en la imposición jurisprudencial de ciertas obligaciones positivas concretas a los estados que se corresponden con algunos contenidos de los DESC ligadas a la protección y reparación de derechos civiles⁵⁴, éstos sí

54 La tesis de que el planteamiento de quejas y demandas ante la Comisión y la Corte Interamericanas no debe basarse, por razones de pragmatismo procesal, en la alegación del art. 26 de la Convención por la violación inmediata de DESC sino que, por el contrario, debe

justiciables, como el derecho a la vida, la no discriminación o el derecho al debido proceso. Sin embargo, tanto el Protocolo de San Salvador como la estrategia de conexión de los DESC con los derechos civiles (que no es privativo del SIDH, sino que también se da en jurisdicciones domésticas como la colombiana) se muestran francamente insuficientes respecto a los estándares de la materia en el Derecho Internacional, como ya se ha señalado, pero también inconsistentes con la evolución que se ha producido en las constituciones de algunos Estados Parte y, en suma, contradictorias con los propósitos señalados por la CIDH y por los propios defensores de la estrategia.

a) *Inconsistencia con los avances del constitucionalismo en la región*

Varias Constituciones de la región han reconocido (y están aplicando) la indivisibilidad, interdependencia y plena justiciabilidad de todos los derechos (incluso de los no expresamente reconocidos), que resultan así directa e inmediatamente aplicables.

El art. 11 de la Constitución de Ecuador declara: “3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte [...] Los derechos serán plenamente justiciables [...] 6. Todos los principios y los derechos son [...] indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. La indivisibilidad es visible incluso a un nivel simbólico en la disposición de las normas que reconocen derechos, puesto que se invierte el orden tradicional de regular primero los derechos civiles y políticos, sustituyéndolos por contenidos que tradicionalmente se han identificado con los DESC (“Derechos del buen vivir”). A su vez, el art. 13 de la Constitución de Bolivia establece: “I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son [...] interdependientes, indivisibles y progresivos [...] III. La clasificación de los derechos establecida en

apoyarse sobre la conexión de estos con los derechos civiles y políticos ha sido desarrollada en extenso en Cavallaro, J. L. y Schaffer, E. J.: «Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas», *Hastings Law Journal*, v. 56, 2004, pp. 217 ss. Esta posición fue objeto de un encendido debate, con réplicas y contrarréplicas, en Melish, T. J.: «Rethinking the «Less as More» Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas», *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 39, 2006, pp. 171 ss; de nuevo, Cavallaro, J. L. y Schaffer, E.: «Rejoinder: Justice Before Justiciability: Inter-American Litigation and Social Change» *New York University Journal of International Law and Politics*, New York, v. 39, 2006, pp. 345 ss, y, por último, Melish, T.J., «Counter-Rejoinder: Justice vs Justiciability: Normative Neutrality and Technical Precision, the Role of the Lawyer in Transnational Human Rights Litigation», *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 39, 2006, pp. 385 ss.

esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”. Igualmente, la indivisibilidad e interdependencia está reconocida en el art. 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (que ya no es parte) o en el párrafo tercero del art. 1º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, introducido por reforma en 2011.

Respecto a los ciudadanos de estos Estados, el SIDH no puede cumplir el rol subsidiario de garantía última de los derechos humanos, toda vez que sólo sería posible controlar por las instancias del sistema la violación de los DESC en tanto fueran susceptibles de conectarse con algún derecho civil y político, derechos éstos que probablemente no habrán sido invocados en el orden interno, puesto que es posible invocar directamente los DESC. También podrían darse situaciones profundamente contradictorias, toda vez que las nuevas constituciones latinoamericanas reconocen la aplicación directa de los tratados internacionales de los que el Estado sea parte por parte de los Tribunales y su rango superior a la Constitución en aquello que resulte más beneficioso por parte de los ciudadanos, de suerte que la Corte y la CIDH podrían encontrarse con reclamaciones en las que internamente se ha invocado el art. 26 de la Convención o los artículos del Protocolo de San Salvador que en el SIDH no tienen aplicación directa sin relación alguna con derechos civiles o políticos y no podría tutelar a los reclamantes en virtud de su propio Ordenamiento. De esta suerte, el ordenamiento internacional, que estas Constituciones prevén como un ámbito de progresividad y avance de los derechos humanos, cumpliría la función contraria, de desestructuración y obstáculo, en tanto que las garantías previstas en la Convención y el rechazo a la justiciabilidad de los DESC por parte de la jurisprudencia de la Corte, resultan inconstitucionales.

Ello resulta evidente en el ámbito de los derechos colectivos o de grupo que no es que no se reconozcan en el SIDH, sino que directamente se prohíben. Los arts. 1.5 de la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia* y 1.4 de la *Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia* establecen que las acciones afirmativas no constituyen discriminación racial siempre que “no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no se perpetúen después de alcanzados los objetivos” (en los arts. 5 de ambas Convenciones se reitera que las acciones afirmativas “no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos, y no deberán perpetuarse más allá de un periodo razonable o después de alcanzado el objetivo”). Por tanto, se está declarando como discriminación el reconocimiento de derechos colectivos de grupo. De esta suerte, se trata de Instrumentos que no pueden ser firmados por todos aquellos Estados de la región que, precisamente para luchar contra la

discriminación, ha establecido en sus Constituciones o leyes derechos colectivos de los pueblos indígenas, de la población afrodescendiente, de las comunidades rurales o de otras minorías sociales y culturales, porque de hacerlo, éstas serían discriminatorias desde el derecho regional. En este ámbito, el SIDH, lejos de ser un mínimo común de garantía de los derechos entre los Estados de la región, es la negación de una parte de los derechos que le han sido reconocidos a algunos grupos de la región en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Desde un exclusivo punto de vista jurídico (abstracción hecha de consideraciones de oportunidad política), los Estados que han adoptado Constituciones donde se afirma el carácter indivisible e interrelacionado de los derechos, tendrían que denunciar la Convención, como único método jurídico para impedir que en su territorio se aplicara un Tratado que ha devenido incompatible con la propia Constitución: en lo formal porque incumple el rol subsidiario de garantía última de los derechos humanos en el ámbito de los DESC; y, en lo sustantivo, porque, como veremos en el apartado siguiente, supone una concepción relativista y fraccionada de la dignidad humana contradictoria con la concepción indivisible de la dignidad como valor supremo que se desprende de la regulación de los derechos humanos contenida en estas constituciones.

El *nuevo* constitucionalismo latinoamericano apuesta decididamente por la **interpretación más garantista** de los derechos, y por el desarrollo alcanzado por éstos en el DIDH.

Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana establece: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” (artículo 11.4) y “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia” (artículo 11.5). Por su parte, el artículo 1 de la Constitución mexicana establece que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”; preceptos similares consagran el artículo 93 de la Constitución colombiana y 13.VI de la Constitución boliviana.

Y para asegurar la eficacia de este principio, los textos constitucionales establecen igualmente la **prevalencia de los tratados de derechos humanos** frente al ordenamiento nacional. Nuevamente, esta circunstancia se verá favorecida por los estándares y criterios de interpretación desarrollados en el ámbito del DIDH.

Así, el artículo 23 de la Constitución venezolana dispone: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por

Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución [...]”. En el mismo sentido, los artículos 93 de la Constitución colombiana y 13.IV de la Constitución boliviana.

b) *Contradicción con sus propios postulados*

Si la intención de la conexión entre DESC y derechos civiles y políticos como estrategia es “avanzar” en la invocabilidad, justiciabilidad y exigibilidad de los DESC, y así en su reconocimiento como auténticos derechos humanos con las garantías propias de esta especie jurídica, su resultado es precisamente el contrario: los DESC dejan de ser auténticos derechos humanos para convertirse en eventuales contenidos de otros derechos que, atendiendo a las particulares circunstancias del caso concreto, podrán entenderse como obligaciones del Estado, en buena parte de los casos como reparación del daño causado y no como un auténtico contenido exigible *prima facie*.

La “conexión” entre derechos no es lo mismo que su carácter indivisible e interdependiente. La conexión se fundamenta en la separación moral, estructural y sistemática de los derechos y, consecuentemente, en la posibilidad de asociar garantías diferentes a los distintos tipos de derechos, si bien afirma que existen relaciones si y sólo si la lesión de los ámbitos especialmente protegidos por derechos con garantías jurisdiccionales se deriva directa e inmediatamente de la omisión de una actividad por parte del Estado, que sería por ello exigible, o bien si y solo si la actividad el estado sirve para reparar el daño causado por la lesión.

El carácter indivisible e interdependiente de los derechos afirma, en lo substantivo, que existe un único soporte moral de la totalidad de los derechos, la dignidad humana, que no es susceptible de fragmentación o de jerarquización en sus manifestaciones, por lo que siempre resulta lesionada cuando se produce la violación o el desconocimiento de un derecho humano; y, en lo técnico formal, que los singulares enunciados de *los derechos* no son sino la definición de ámbitos y elementos concretos de lesividad de la dignidad humana (traducidos jurídicamente como facultades, obligaciones negativas y obligaciones positivas), y no un sistema jerarquizado de valores, de suerte que todas las garantías atañen a todos los derechos y a todos los ámbitos y elementos concretos de definición de lesividad de la dignidad humana.

La única posición coherente con el carácter indivisible e interdependiente es, en lo positivo, asignar las mismas garantías jurisdiccionales y de otro tipo a todos los derechos en todos los elementos de contenido que, por entenderse lesivos de la dignidad humana, resultan obligatorios y exigibles; y, en lo interpretativo,

ante la existencia positiva de derechos sin garantías o con menores garantías que otros, entender que la ausencia o minoración de garantías no es sino una laguna jurídica que debe ser rellenada interpretativamente a través de los principios más abstractos del ordenamiento, en este caso la prohibición de lesionar la dignidad humana, por lo que debe concluirse que, aunque no expresamente reconocidas, tales garantías existen o, de lo contrario, la prohibición no sería absoluta, sino que estaría implícitamente reconociendo que en la práctica la dignidad humana sí puede desconocerse.

C. LAS DEFICIENCIAS FORMALES, COMPETENCIALES Y PROCESALES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. El rol del SIDH: ¿potenciar el carácter subsidiario o intervencionista?

Otra importante limitación del SIDH es el tipo de respuesta que se exige a los Estados para remediar la problemática estructural de violación de los derechos humanos en la región, distinta de la prevista en el momento de redacción y desarrollo de la CADH y de sus sistema institucional, que conlleva también cambios tanto en el acceso al Sistema por parte de los particulares, como en las relaciones de los Estados con él.

Por una parte, el SIDH ya no puede intervenir en los procesos nacionales de la manera en que lo hizo para cuestionar y presionar a las dictaduras, sino que, coronados los procesos de transición pareciera que debería potenciarse el rol subsidiario del SIDH respecto a las instancias nacionales, precisamente con el objetivo de que la democratización interna se llevara a cabo, poniendo en juego instrumentos de promoción, capacitación o de normalización de estándares de cumplimiento de los derechos a través de las políticas públicas. Sin embargo, por otra parte, como ya vimos, la problemática estructural de los derechos humanos en la región es precisamente de exclusión de los grupos vulnerables de las instancias de protección jurídica y social, así como de las de decisión política. Esta situación reclama, por el contrario, una intervención fuerte sobre las jurisdicciones domésticas para amplificar la voz de los que están fuera del sistema de representación social y política, potenciando a capacidad de acción colectiva y de autodefensa de derechos de los grupos afectados. Es decir, precisamente lo contrario a un rol marcadamente subsidiario. Pero debe también tenerse en cuenta que el tipo de intervención que éstas vulneraciones reclama imponen cargas fuertes a los Estados, pues obligan a tomar acciones positivas de alcance colectivo y extienden la responsabilidad indirecta del Estado por conductas de actores no estatales.

La situación descrita obliga a reconsiderar, por una parte, el equilibrio entre las funciones jurisdiccionales y políticas del sistema regional de protección de los derechos humanos, y con él del complejo institucional y las competencias que tiene atribuidas, abriendo foros y mecanismos de diálogo entre las instancias del sistema y los órganos jurisdiccionales domésticos para que el sistema pueda funcionar como un acicate para los procesos internos de democratización y modernización institucional que aseguren la efectiva vigencia de los derechos humanos y puedan ir consolidando en la práctica un rol realmente subsidiario del sistema y no impuesto por las reticencias políticas de los Estados; por otra parte, obliga también a reconsiderar las restricciones a la capacidad de acción colectiva y autodefensa de los derechos por parte de los grupos afectados.

Como hemos visto en apartados anteriores, el desarrollo jurisprudencial de un cierto carácter intervencionista del SIDH desde los años 90 se ha producido, en buena medida, por las propias deficiencias técnicas y las lagunas substantivas de los instrumentos normativos. Los Estados justifican su presión para que el SIDH se repliegue a un rol más subsidiario también en la falta de seguridad jurídica en la admisión de las quejas y peticiones, en la adopción de medidas cautelares y en los criterios de ejecución de las sentencias condenatorias. Por ello, si de potenciar el rol subsidiario se trata, pasa en todo caso por una perfección técnica tanto de las normas substantivas, como de las procesales y de las atributivas de competencia.

Por otro lado, potenciar el rol subsidiario no quiere decir tender hacia un sistema más declarativo de derechos que reparador de las violaciones cometidas (como parece apuntar la referencia al “margen de apreciación de los estados” contenida en *Mémoli*), sino precisamente en lo contrario: en potenciar contemporáneamente los criterios jurídicos de reparación integral y los mecanismos jurídicos de ejecución de sentencias y de supervisión de su cumplimiento por parte de los Estados.

2. Problemas de acceso al SIDH

a) Lagunas en materia de publicidad

El primer problema que identificamos tanto en los reglamentos de la Comisión como de la Corte es que no existe un criterio claro respecto de qué información de las causas es pública y cuál es reservada. En efecto, si bien se puede desprender de los principios generales del debido proceso la idea de publicidad del proceso, ni la Convención Americana ni los actuales Reglamento

de la CIDH y la Corte IDH establecen explícitamente un principio o regla general sobre el nivel de publicidad de los actos y documentos que se dictan o presentan, respectivamente, durante el desarrollo del procedimiento de peticiones individuales. En el caso de la CIDH, el nivel de publicidad de los actos o documentos del procedimiento es determinado por su Reglamento en distintos artículos. En el caso de la Corte, las reglas de publicidad se encuentran mayormente centralizadas en un solo artículo de su Reglamento (artículo 32); sin embargo dicha norma no abarca todos los casos ni otorga el mismo nivel de publicidad a todos los documentos. Al analizar las distintas reglas que regulan la publicidad de los actos del procedimiento, encontramos que pueden distinguirse distintos niveles de acceso a la información: a) actos o documentos públicos; b) actos o etapas del procedimiento secretos o reservados; c) etapas del procedimiento reservadas a las partes del proceso; d) actuaciones del procedimiento reservadas a una sola de las partes; e) publicidad dependiente de una decisión discrecional del órgano; f) publicidad no regulada.

Los principales problemas de opacidad se dan en los trámites ante la Comisión, fundamentalmente en tres ámbitos: i) la tramitación inicial de los casos, etapa de la que, en realidad, no se tiene ninguna información, en especial si estos casos no logran pasar a la etapa de admisibilidad; ii) la facultad discrecional de la CIDH para decidir la publicación del informe definitivo del artículo 51 de la CADH, lo que se ve agravado por la ausencia de criterios en base a los cuales la CIDH debe tomar esta decisión (arts. 51 de la *Convención* y 47.3 del Reglamento CIDH); iii) la falta de publicidad que hay en el momento de la toma de decisión sobre si enviar o no un caso a la Corte IDH. Cuando la Comisión ha determinado que un Estado no ha cumplido con sus recomendaciones y debe tomar la decisión de enviar un caso a la Corte, no queda claro en qué instancia se toma la “decisión fundada” de la CIDH por la que no remite el caso (art. 45 Reglamento CIDH). La votación que se realiza para decidir no enviar un caso a la Corte se registra probablemente en un acta, pero estas actas tampoco son públicas (art. 43.3 Reglamento CIDH). Además, la Comisión suele plasmar en el informe del art. 51 de la *Convención* la justificación de la decisión de no enviar el caso a la Corte, sin embargo, es posible que este informe no se publique (art. 47.3 Reglamento CIDH), con lo que nunca se sepa qué argumentos utilizó para fundar esta decisión, ni cuales casos la CIDH decidió no remitir a la Corte IDH. De esta forma, solamente tenemos certeza de que se conocerán los casos que la Comisión sí decidió enviar a la Corte. Además no es posible saber si un caso se encuentra en tramitación ante el sistema o bien si está terminado. Actualmente, un 50% de los casos están en esta situación.

b) *Problemas de representación legal*

En abril de 2012 el Centro de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile publicaron un estudio cuantitativo en el que hicieron seguimiento hasta 2011 en las instituciones del SIDH de los casos presentado entre 1998 y 2008⁵⁵. Este estudio permite concluir que existen importantes desigualdades y deficiencias en el acceso a la justicia del SIDH derivados de la representación legal: por una parte, las etapas más determinantes de los procesos son las que se dan ante la Comisión, por lo que la figura del Defensor Interamericano ante la Corte tiene poca relevancia; por otra, el éxito del proceso depende en buena medida no sólo de contar con representación, legal, sino del tipo de representación especializada con que se cuente.

La Convención Americana en su artículo 44 y el Reglamento de la CIDH en el artículo 23 establecen que, ante la Comisión Interamericana, “cualquier persona o entidad gubernamental” puede presentar una petición ante la CIDH. El Reglamento en el mismo artículo 23 señala que “el peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u a otra persona para representarlo”. Es decir, ante la Comisión Interamericana, se contempla la posibilidad de contar con un representante legal, pero este no es un requisito obligatorio y, por lo tanto, se pueden tramitar casos sin representación legal ante la Comisión.

Ante la Corte Interamericana, la cuestión es un poco más compleja: las presuntas víctimas han tenido la posibilidad de comparecer ante la Corte como auténticas “partes” del proceso solamente a partir de la reforma al Reglamento del año 2000. La Corte requería para ello que la Comisión consignara “el nombre y la dirección del denunciante original, así como el nombre y la dirección de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados en caso de ser posible”⁵⁶. Es decir, no era claro que se exigiera como requisito obligatorio la existencia de un representante legal ante la Corte IDH. Sin embargo, a partir del año 2003, pareció explicitarse que era posible comparecer ante la Corte con argumentos propios con una representación legal diferente de la que antes proporcionaba la Comisión: en la reforma reglamentaria de ese año, se estableció que “la Comisión será la representante procesal de [las presuntas víctimas] como garante del interés público bajo la Convención Americana, de

55 Vid. *El acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Derechos: transparencia y representación legal*, Universidad de Chile-UNDEF, Santiago de Chile, abril de 2012, disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/92.pdf>.

56 Art. 33 del Reglamento de la Corte IDH aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000.

modo de evitar la indefensión de las mismas⁵⁷. Es decir, podía haber víctimas sin un representante legal ante la Corte pero, en ese caso, la Comisión debía asumir la defensa legal de las mismas. Con la reforma reglamentaria del año 2009 y que entró en vigencia el año 2010, se puso término a esta situación, estableciendo que “en caso de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación del caso” (art. 37 Reglamento Corte IDH). Es decir, la Comisión ya no puede asumir la representación legal de las víctimas ante la Corte, y en su lugar, se establece la posibilidad (pero no la obligación) de nombrar un Defensor Interamericano para las víctimas sin representante. De esta forma, es posible imaginar, aun hoy en día, que las víctimas litiguen sin un representante legal ante la Corte.

Aproximadamente un 60 por 100 de las causas están representadas tanto ante la Comisión como ante la Corte por distintas ONG. Entre ellas, destaca en particular CEJIL quien representa aproximadamente un quinto de los casos ante la CIDH y más de un tercio ante la Corte IDH. Por otro lado, los abogados particulares defienden aproximadamente un 25 por 100 de las causas tanto ante la Comisión como ante la Corte. Las instituciones estatales como defensorías penales o defensorías del pueblo, por su parte, representan un número muy minoritario de casos (entre 2 y 6 por 100). De esta forma, un 84 por 100 de las causas con admisibilidad tiene un representante legal, un 15% de los casos ante la Comisión Interamericana carece de representación legal, y sólo un 1% ante la Corte IDH⁵⁸.

Los casos que no tenían representación legal terminan en mayor proporción con un informe de fondo ante la Comisión y son en menor medida remitidos a la Corte IDH que los casos con representación legal. Pero además, no todas las formas de representación legal son equivalentes para determinar el destino procesal de un caso ante el SIDH. Los casos que CEJIL representa en la admisibilidad tienen más oportunidades de pasar a la Corte que los casos representados por otras ONG, y CEJIL representa en proporción muchos más casos ante la Corte que cualquier otra ONG. Además, los tiempos de tramitación de CEJIL son menores a los que tienen las demás ONG, en especial en la primera etapa de tramitación. Además de CEJIL, los representantes legales que tienen mejor resultados en el SIDH son los abogados particulares: una elevada proporción de sus casos son remitidos a la Corte IDH, y los tiempos

57 Art. 33. 3 del Reglamento de la Corte IDH aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000.

58 Cfr. El acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Derechos: transparencia y representación legal, cit., pp. 63-64.

de tramitación también son más bajos⁵⁹. Consecuentemente, contar con una representación legal especializada desde el procedimiento ante la Comisión asegura una mayor probabilidad de que el caso sea conocido por la Corte y en menor tiempo, por lo que reservar la intervención del Defensor al trámite ante la Corte (siendo un número muy pequeño las causas que llegan sin representación legal) no parece que signifique un avance sustancial en materia de igualdad en el acceso a la justicia en el SIDH.

c) *La demora en la tramitación de las quejas y peticiones*

Actualmente el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión está dividido en dos etapas: admisibilidad y fondo (arts. 30 y 37 Reglamento CIDH), introducidas por la reforma reglamentaria realizada en el año 2000, que modificó definitivamente la práctica de pronunciarse en una decisión conjunta sobre la admisibilidad y el fondo salvo en circunstancias excepcionales (art. 36.3 reglamento IDH). La introducción de esta etapa adicional en el proceso ha retardado el trámite de los casos, al introducir una decisión adicional por parte de la CIDH, lo que a su vez no ha redundado en un número significativo de soluciones amistosas, ni en un menor cuestionamiento de las cuestiones de admisibilidad ante la Corte IDH, que eran algunos de los argumentos esgrimidos por los Estados para justificar la reforma. Por ello, la decisión de admisibilidad con sus características actuales, tiene un impacto en la demora estructural de la CIDH en la resolución de sus asuntos contenciosos.

El procedimiento actual de realizar un informe de admisibilidad con un análisis detallado sobre los hechos del caso el análisis de agotamiento de recursos internos que en algunos supone ya un análisis de fondo sobre el derecho de acceso a la justicia, la recepción e intercambio numeroso de información entre las partes, e inclusive la posible celebración de audiencias sobre admisibilidad (arts. 31-36 Reglamento CIDH), incide en un retardo procesal y en una duplicación del trabajo que realiza la Comisión.

En la Opinión Consultiva OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, relativa a las excepciones al requisito de agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1.a y 46.2.a y b *Convención*), la Corte IDH determina que, en relación a la no disponibilidad de los recursos por una situación de hecho, el mero hecho de ser indigente no supone la no obligación de agotar los recursos disponibles y que la excepción a este requisito habrá que determinarla a la luz de si la ley interna o las circunstancias se lo permiten (párr. 20). De esta suerte, se espera de la Comisión un análisis pormenorizado tanto

59 Ibid., pp. 65-66.

de las normas internas, como de las circunstancias del caso. Este análisis puede resultar particularmente complejo en situaciones de pluralismo jurídico y de justicia comunitaria, porque la realidad jurídica de los Estados que han introducido en su ordenamiento estas instituciones revelan una ausencia de articulación entre la jurisdicción ordinaria y la comunitaria o indígena, de suerte que, *prima facie*, no resulta posible determinar si los discursos previstos por el ordenamiento *están disponibles* en el sentido de que se apliquen o no a los sometidos a las jurisdicciones especiales.

3. Problemas de transparencia, imparcialidad y participación en la selección de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos

De acuerdo con la Convención Americana y con el Estatuto de la Comisión, los miembros de este órgano deben ser personas de alta autoridad moral y de reconocida versación en materia de derechos humanos (arts. 34 de la *Convención* y 2.1 del Estatuto), aunque no deben ser necesariamente juristas. Según la *Convención*, los jueces o juezas deben ser 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 (art. 52 *Convención*). Tanto los comisionados o las comisionadas como los jueces o juezas son electos a título personal. El Sistema prevé cierto balance geográfico, al requerir que los órganos no puedan estar compuestos por dos nacionales de un mismo Estado (art. 52.2 *Convención*). A su vez, está previsto que los miembros de la Comisión sean seleccionados de una lista de candidatos o candidatas propuesta por los gobiernos de los Estados que forman parte de la OEA, independientemente de que hayan ratificado la Convención (art. 36.1 *Convención*). Todos los Estados, reunidos en Asamblea General, participan de su elección. Los jueces o juezas, por su parte, son presentados o presentadas y electos o electas exclusivamente por los Estados partes en la Convención, también en la Asamblea General de la OEA.

Tanto la regulación del proceso de selección y elección, como su práctica tienen una serie de insuficiencias y debilidades que afectan la credibilidad e independencia de la institución:

- a) Falta de transparencia en los procesos nacionales para la elección de candidatos o candidatas a jueces o juezas y a comisionados o comisionadas, de publicidad sobre el proceso de selección e insuficiencias en la difusión de los méritos de los candidatos y candidatas del Sistema Interamericano;

- b) Ausencia de participación de la sociedad civil en el proceso de elección, lo que contrasta con la tendencia en los ordenamientos constitucionales internos de algunos Estados;
- c) Insuficientes mecanismos de evaluación rigurosa de las calidades y méritos de los candidatos propuestos y las candidatas propuestas por los Estados, frente al art. 36.3b del Estatuto de la Corte Penal Internacional que establece: “Los candidatos a magistrados deberán tener: i) Reconocida competencia en derecho y procedimiento penales y la necesaria experiencia en causas penales en calidad de magistrado, fiscal, abogado u otra función similar; o ii) Reconocida competencia en materias pertinentes de derecho internacional, tales como el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos, así como gran experiencia en funciones jurídicas profesionales que tengan relación con la labor judicial de la Corte; iii) Los candidatos a magistrado deberán tener un excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte”;
- d) Carencia de criterios más complejos sobre cómo deben quedar integrados los dos órganos, más allá del balance geográfico que se revela insuficiente como criterio único. En este sentido, el proceso en sí no garantiza la representatividad en los órganos del Sistema de la variedad de experiencias, condiciones y situaciones de los ciudadanos y ciudadanas de América. Tal vez el hecho más ilustrativo para evidenciarlo, es que desde el establecimiento de la Comisión y la Corte hasta el año 2005, de las cincuenta y tres personas que integraron la Comisión, sólo cinco de ellas habían sido mujeres; y de los veintiséis miembros que había tenido la Corte, sólo dos habían sido mujeres. Frente a ello, el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece una serie de criterios interesantes que complementan la idoneidad profesional y moral de los candidatos. En su art. 36.8, dicho Estatuto sostiene: “ a) Al seleccionar a los magistrados, los Estados Partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya: i) Representación de los principales sistemas jurídicos del mundo; ii) Distribución geográfica equitativa; y iii) Representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres; b) Los Estados Partes tendrán también en cuenta la necesidad de que haya en la Corte magistrados que sean juristas especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres o los niños”.
- e) Facilidad y frecuencia del intercambio de votos en el proceso de selección por fuera de la evaluación de los méritos y calidades de los candidatos o las candidatas, que fomenta la percepción pública de un alto índice de influencia política en el proceso.

4. La ausencia de mecanismos de supervisión del cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana

La principal laguna del SIDH era la ausencia de auténticos mecanismos de supervisión del cumplimiento de las Sentencias de la Corte cuando un Estado era condenado. A diferencia del sistema europeo que establece mecanismos de seguimiento del cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos por parte del Comité de Ministros, el sistema interamericano establece un sistema judicial con un control colectivo, por parte de la máxima autoridad de la OEA: la Asamblea General. Como una expresión más de la protección internacional colectiva por todos los Estados partes de la Convención Americana, ésta establece que 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, debiendo de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos (art. 65 *Convención*).

A raíz de los ajustes realizados a los procedimientos de la Carta de la OEA en los años noventa, los informes tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son presentados directamente ante el Consejo Permanente a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, y no ante la Asamblea General. De esta forma, el Consejo Permanente lo que hace finalmente es proponer a la Asamblea General la adopción de una resolución ya consensuada sobre el informe de la Corte, no estableciéndose debate alguno sobre el contenido mismo de éste ni mucho menos sobre el estado de cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados. En los últimos años la Asamblea General ha permitido la modalidad de la intervención en éstas de los presidentes de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo estas intervenciones no son seguidas por un debate entre los Estados sobre los informes presentados, sino que se limita a la aprobación de las resoluciones adoptadas previamente en el seno del Consejo Permanente.

Como ya hemos visto, la Corte Interamericana no sólo se limita a adoptar sentencias meramente declarativas, como es el caso generalmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que además frecuentemente requiere a los Estados, la adopción de diversas medidas consistentes en la adopción o modificación de instrumentos normativos para adecuarlos a la Convención Americana; la investigación y sanción de violaciones a los derechos humanos; la implementación de planes de educación y prevención; la adopción de estándares; gestos de perdón e indemnizaciones, entre otros.

En el caso de Sentencias que condenan a reparar las consecuencias de la vulneración de los derechos humanos y “el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (art. 63.1 *Convención*), los principales obstáculos que encuentra la ejecución son: i) la formulación restrictiva del principio de legalidad presupuestaria, en el sentido de que el Estado no puede hacer erogaciones de su tesoro, no previstas en sus leyes de presupuesto; y ii) disposiciones normativas sobre el carácter inembargable de los fondos públicos, las cuales en caso de incumplimiento voluntario por el Estado impiden la posibilidad de despachar mandamientos de ejecución contra fondos públicos.

Esta situación ha lleva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el año 2002, a, por un lado, declarar expresamente en sus sentencias de fondo y de reparaciones, que ella misma supervisará su cumplimiento y, por otra, a dictar resoluciones sobre el cumplimiento de sus sentencias. Para ello la Corte aplica un procedimiento contradictorio mediante el cual previamente solicita información a las partes (Estado, CIDH y víctimas) sobre la situación del cumplimiento de sus fallos por parte del Estado; otras veces incluso las convoca a una audiencia en su sede con ese propósito. Con base en la información suministrada por las partes, la Corte Interamericana adopta resoluciones sobre el cumplimiento de sus sentencias, determinando qué aspectos de su sentencia han sido cumplidos y cuáles están aún pendientes de cumplimiento. Respecto a aquellos pendientes de cumplimiento, la Corte insta al Estado a adoptar las medidas necesarias.

5. La sobrecarga de funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el problema de su politización

a) El déficit en sus funciones de promoción de los derechos humanos

En sus orígenes, la CIDH fue concebida como un órgano político destinado a la promoción de los derechos humanos en la región⁶⁰. Con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se consagró su función de tutela y protección de derechos, con la pretensión de establecer una suerte de sinergia entre su rol de monitoreo e interacción política con los Estados y su actuación en el marco de peticiones frente a violaciones de derechos humanos que no lograron contar con una adecuada respuesta a nivel local (arts. 41 y 44 *Convención*). Las circunstancias históricas en las que la Comisión ha tenido que desarrollar su labor, ha provocado que centrara su labor de

60 Ver, por ejemplo, la Declaración de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile del 12 al 18 de agosto de 1959, Acta Final, Doc. OEA/Ser. C/II.5, pp. 4-6.

promoción en la denuncia de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, actividad de la que ha extraído su legitimidad como una instancia esencialmente política, dado que, en este aspecto, el SIDH carece de un auténtico mecanismo de supervisión y seguimiento de las recomendaciones (art. 41 b *Convención*), ni existe una obligación general de los Estados de presentar informes completos ante la Comisión sobre las medidas adoptadas para la mejora de los derechos humanos en su territorio. Esta visión de la Comisión como un órgano político, viene acrecentada:

- i) Desde un punto de vista jurídico, por los déficits que ya hemos visto en su forma de nombramiento y en la publicidad de sus decisiones, de suerte que se proyecta sobre las funciones cuasi-jurisdiccionales (recepción y admisión de demandas, adopción de medidas cautelares, acción ante la Corte) que tiene encomendadas;
- ii) Desde un punto de vista político, por los intentos de control por parte de la Secretaría General de la OEA, como fue el caso en 2004 de la orden ejecutiva de Miguel Ángel Rodríguez por la que se creó el Departamento de Derechos Humanos dentro de la Secretaría General de la OEA, de la que dependía financiera, política, organizativa y administrativamente la Secretaría Ejecutiva de la CIDH. También cabe resaltar la decisión sin precedentes de julio de 2007, por la que la CIDH quitó las funciones de relator sobre El Salvador, Uruguay y Panamá al comisionado venezolano Freddy Gutiérrez, alegando que había filtrado información sobre los casos en trámite en su país y había abusado reiteradamente de su posición para “atacar la integridad institucional y la imparcialidad de la Comisión”;
- iii) Desde un punto de vista operativo, por las dificultades que tiene la Comisión para actuar como interlocutor de los Estados (en las audiencias públicas del 149º Periodo de Sesiones, Ecuador no envió representantes y EEUU guardó silencio con la excusa del cierre presupuestario de octubre de 2013); por la fragmentación y dispersión del “sistema de informes”, que lo vuelve ineficaz; por el lugar privilegiado que, desde un punto de vista simbólico, se da al Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión en el Informe Anual (se incluye en el Volumen II, entre los informes especiales, y no con los informes de las restantes Relatorías, que son meros informes de actividad y no de denuncia; es considerablemente más largo, completo y exhaustivo que el resto de los informes que emite el Sistema, por lo que parece que el principal problema de los derechos humanos en la región es la libertad de expresión); y por la abstracción y generalidad de los criterios utilizados para justificar la inclusión de un Estado en Capítulo IV del Informe Anual de la CIDH.

Dentro del *Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH*⁶¹ distintos Estados pusieron de manifiesto el deseo de que la CIDH se dedicara más profundamente a las cuestiones de asesoría, cooperación y asistencia técnica a los Estados, que se engloban en la tarea de promoción de los derechos humanos:

En la reunión del Grupo de Trabajo realizada el 12 de septiembre de 2011, el Estado mexicano señaló como “reto competencial” de la CIDH “la necesidad de fortalecer la atención al área de promoción”⁶². El Estado de Brasil argumentó que se debe “garantizar que el análisis de los casos individuales por parte de la CIDH no perjudique sus actividades en la esfera de asistencia técnica y de la creación de capacidades [...] (E)s importante que la CIDH esté capacitada para prestar cooperación técnica adecuada a las necesidades específicas de cada Estado, ofreciendo servicios que incluyan [...] la identificación y la divulgación de mejores prácticas”. Por su parte, el Estado de Colombia ha expresado que “el papel de la CIDH en la promoción de los Derechos Humanos [...] puede materializarse en la asesoría, la cooperación y la asistencia técnica a los Estados con el propósito de fortalecer las capacidades a nivel interno, con el fin de atender sus obligaciones, por ejemplo en lo que concierne al fortalecimiento de los aparatos judiciales nacionales”. Así mismo, el Estado dominicano enfatiza en la “asesoría técnica” de la CIDH, en especial para que este órgano contribuya a la adecuación de las disposiciones legislativas internas y a la capacitación de los funcionarios públicos⁶³.

Independientemente de que en buena parte los reclamos de los Estados se expliquen por el malestar que provocan las medidas cautelares adoptadas por la CIDH sobre comunidades o grupos de individuos, lo cierto es que reflejan el reconocimiento de una cierta incapacidad interna para generar los mecanismos institucionales idóneos y las prácticas adecuadas para garantizar la eficacia de

61 La agenda de trabajo del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH, así como los documentos de posición e intervenciones de las organizaciones de la sociedad civil y de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, pueden ser consultados aquí: <http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp>.

62 Intervención de la Delegación de México, Desafíos y objetivos de mediano y largo plazo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 12 de septiembre de 2011, Doc. OEA/Ser.G GT/SIDH/INF.4/11.

63 Ver los Textos remitidos por los Estados en Compilación de las presentaciones de los Estados miembros sobre los temas del Grupo de Trabajo: textos remitidos a la Secretaría del Grupo de Trabajo por Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay al 4 de noviembre de 2011, 7 de noviembre de 2011, Doc.GT/SIDH/INF.17/11 rev. 1.

los derechos humanos en sus territorios. El reducido presupuesto de la CIDH hace que sea bastante ineficaz a éste respecto, pero lo cierto es que existen otras instancias dentro del SIDH dedicadas a esta misma tarea que, atendiendo los reclamos de los Estados, parecen igualmente ineficaces:

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) trabaja para el cumplimiento de las normas de la Convención Americana mediante “la educación, la investigación, la mediación política, los programas de capacitación, la asistencia técnica y la difusión de conocimiento”⁶⁴; la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene la función convencional de, “a solicitud de un Estado miembro [...] darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”⁶⁵; el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un organismo interamericano dedicado a apoyar el desarrollo institucional de los sistemas judiciales de la región, a través de la cooperación, la investigación, el intercambio de experiencias, la difusión de información y la capacitación⁶⁶.

Los mecanismos de políticos de promoción, diálogo e intercambio se han demostrado altamente ineficaces, y desde un punto de vista realista la situación actual es que la resolución de un caso particular parece ser la única puerta de acceso al diálogo efectivo con los Estados para la incorporación de ciertos estándares en determinadas políticas públicas. Ello aboga, por una parte, por la profundización del modelo jurisdiccional de intervención doméstica del sistema y, por otra, por la exploración de vías distintas de diálogo e intercambio, probablemente a un nivel jurisdiccional y no exclusivamente político, que permitan que el sistema actúe como definidor de estándares de protección y buenas prácticas dirigidos a la reforma institucional en los Estados.

b) *Problemas de financiación y dependencia de Estados donantes*

Por otra parte, no es realista que la CIDH pueda cumplir a cabalidad las funciones y competencias que tiene atribuidas sin injerencia de los Estados, en su situación financiera actual. La CIDH tiene la función, a nivel convencional,

64 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Misión y Estrategia*, disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/>.

65 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 64 (2).

66 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, *Acercadeceja*, disponible en: <http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/acercadeceja>.

tanto de promover los derechos humanos como de protegerlos. Según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la CIDH no solo debe estimular la conciencia de los derechos humanos en el hemisferio sino que además tiene que atender denuncias específicas de violaciones de derechos humanos. De hecho, el mismo artículo que dispone las labores de promoción y asesoría, señala que la Comisión tiene que “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” (art. 41.f). Conforme a los artículos citados, al recibir las denuncias y quejas, la Comisión tiene la función de examinarla alegación de violación de la Convención, comprobarlos hechos y realizar una investigación, si fuere necesario, en casos graves y urgentes (art. 48). Adicionalmente, la Comisión no solo verifica los hechos, sino también emite recomendaciones y hace seguimiento para luego decidir si el Estado ha tomado o no las medidas adecuadas para resolver la situación (art. 51) y si es necesario que la Corte Interamericana conozca el caso (art. 61). El art. 41e determina que la labor de asesoría a los Estados en materia de derechos humanos será realizada por la CIDH “dentro de sus posibilidades”.

Al explicar su situación financiera ante los órganos políticos de la OEA, la CIDH ha advertido reiteradamente que los recursos otorgados por el fondo regular para gastos de funcionamiento son del todo insuficientes. En la práctica, dichos recursos solamente alcanzan para sufragar algunos de los gastos básicos de la CIDH, como la celebración de dos de los tres períodos de sesiones; las becas de promoción “Rómulo Gallegos”; los servicios de comunicaciones, los útiles de oficina y algunos costos de las publicaciones. En consecuencia, quedan por fuera del fondo regular actividades cruciales para el cumplimiento de los mandatos de la CIDH, como la preparación de estudios especiales solicitados por la Asamblea General; la realización de visitas; la realización de otras actividades de promoción, como talleres, seminarios y cursos; la participación en las audiencias y en otras actividades relacionadas con su intervención ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Frente a la insuficiencia del fondo regular, gran parte de la financiación proviene exclusivamente de contribuciones voluntarias de países de la región, particularmente de Estados Unidos, que por muchos años fue el principal contribuyente de la CIDH. El aumento de las demandas de protección por parte de víctimas y peticionarios, el preocupante atraso en el estudio y resolución de los asuntos pendientes y los nuevos mandatos otorgados por la Asamblea General a finales de los 90, llevó a la Comisión a ampliar las fuentes de cooperación externa. Para ello, inicialmente se presentaron proyectos de carácter temático, que permitieron la entrada de la cooperación proveniente de algunos países

observadores de la Organización, y, posteriormente, mediante una estrategia de captación de fondos dirigidos al fortalecimiento de sus capacidades de promoción y protección, se amplió el espectro de socios de la cooperación.

Hoy en día, el 50% del presupuesto de la CIDH, depende de las contribuciones voluntarias y de proyectos específicos con financiación externa. En consecuencia, la mitad de la planta de personal de la CIDH y la mitad de las actividades de seguimiento, defensa y promoción de derechos humanos están financiadas por este tipo de recursos. Ello conlleva que la CIDH debe elaborar el contenido de su agenda y sus prioridades a la luz de la financiación voluntaria que se pone a su disposición, por lo general ligada a cuestiones de interés político para el donante, lo que puede verse en la distribución de los programas del *Plan Estratégico 2011-2015*, donde el único en foque temático contemplado es el financiado por Estados Unidos, precisamente la libertad de expresión y no aquellos que de manera más nítida entran dentro de la problemática emergente que hemos señalado anteriormente:

El Plan Estratégico de la CIDH fue presentado en una reunión técnica de donantes que tuvo lugar los días 1 y 2 de marzo de 2011 en Ottawa, Canadá, como parte del proceso de asegurar el apoyo para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de una manera más coordinada y predecible. El 19 de octubre de 2011, el Plan fue presentado ante el Consejo Permanente de la OEA. Los programas del Plan Estratégico de la CIDH son: 1) Dirección política y jurídica, 2) Sistema de petición individual, 3) Monitoreo de situación de países, 4) Enfoques temáticos, 5) Enfoque temático especial: Libertad de Expresión, 6) Otras actividades para promover derechos humanos, 7) Información pública y 8) Desarrollo Institucional⁶⁷.

Esta situación, unida a la falta de universalidad del SIDH y a los distintos estándares de protección internacional de los derechos humanos en el continente, explica la posición de algunos países en relación a la necesidad de crear órganos paralelos de protección de los derechos humanos sin Estados Unidos o Canadá. Así, por ejemplo, el canciller de Brasil se ha manifestado receptivo a crear un Consejo de Derechos Humanos fuera de la OEA. Por otra parte, la reunión de presidentes de UNASUR, además de aprobar la propuesta de Ecuador de solicitarle al Secretario General de la OEA que convoque a una

67 Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Strategic Plan 2011-2015*, disponible en: <http://www.oas.org/en/iachr/docs/pdf/IACHRStrategicPlan20112015.pdf>.

conferencia de los Estados Parte del Pacto de San José antes de febrero de 2013 para concordar posiciones comunes sobre cómo aplicar las reformas a la CIDH, declararon su satisfacción por la creación del Grupo de Trabajo para estudiar una propuesta para el tratamiento y promoción de derechos humanos de UNASUR⁶⁸.

68 Secretaría General de Unasur. *Declaración VI Reunión Ordinaria Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno UNASUR*. Disponible en: <http://www.unasursg.org>.

CAPÍTULO II

Fuentes de referencia para la elaboración de
una nueva Convención Latinoamericana de
Derechos Humanos

II. FUENTES DE REFERENCIA PARA LA ELABORACIÓN DE UNA NUEVA CONVENCIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Generalidades sobre el sistema de fuentes. Tipologías y categorías

1.1. Tipologías de las fuentes

1) Consideraciones generales sobre objeto y método

- a) Podemos considerar que las fuentes de derechos humanos o derechos fundamentales comienzan a sistematizarse de manera omnicomprensiva desde los primeros textos posteriores a la II GM.
- b) Ello no significa que se creen nuevas generaciones de derechos sino que las tres primeras generaciones estaban ya teorizadas e incluso incorporadas tímidamente a alguno de los textos constitucionales en correspondencia con la hegemonía del Estado Liberal (civiles), Estado Democrático (políticos), Estado pre-Social (sociales).
- c) El número de fuentes sustantivas referentes a derechos humanos es muy extenso. Inabarcable para un trabajo de estas características. Además es innecesario hacer una relación omnicomprensiva por la redundancia que se suele producir entre las mismas fuentes.
- d) Las fuentes deben ser todos aquellos espacios válidos sobre la cuestión, bien por ser la base tradicional de evolución progresiva; bien por aportar conceptos, categorías o códigos que resulten creativos para maximizar derechos tanto de forma cuantitativa como cualitativa.
- e) Al tomarse como base-fuente de legitimación principal los convenios americanos y las principales fuentes universales, se hace un recorrido minucioso de sus contenidos; tanto de sus categorías, como de los derechos concretos, así como de las composiciones sistémicas que albergan dichos convenios. Más concretamente se escrutan con detenimiento el actual Convenio Americano con todos los Protocolos anexos, la Carta Americana y la primigenia Declaración de Derechos. En el ámbito universal se hace lo propio con la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos (Declaración Universal y los dos Pactos Internacionales).

El objeto es no solamente reflejar dichos derechos sino valorar las limitaciones y las posibilidades de desarrollo que los propios textos albergan

elípticamente. La enumeración correlativa sobre su articulado se hace a modo de listado por el que transitar posteriormente, aunque modificando la sistemática, introduciendo mayor concreción y desarrollándolo en mucha mayor medida y extrapolando de estos derechos otros posibles derechos.

2) Utilización de cinco tipos de fuentes

a) Primarias

- Tratados de actual relevancia, sobresaliente, por vinculantes. La base imprescindible de legitimidad del desarrollo posterior que se haga en este Proyecto. Dentro de este elenco se encuentran fuentes sobre-dimensionadas (v. gr., mujer, discapacitados) y fuentes infra-desarrolladas (v. gr., derechos de previsión).
- Tratados de relevancia -no vinculantes- por innovadores e incluso casi inéditos en cuanto a la popularidad de sus contenidos. Los hay muy completos y exhaustivos (v. gr., Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión).
- Constituciones de última generación, como las de Venezuela, Bolivia y, fundamentalmente, Ecuador.

b) Secundarias

- Doctrina interpretativa de los mecanismos de control y garantía de los tratados de especial relevancia.
- Doctrina interpretativa de las asociaciones no gubernamentales y foros internacionales de especial relevancia
- Entre las fuentes -y a título espacial- se primara el ámbito universal y el ámbito latinoamericano. En menor medida se aludirá al ámbito europeo.

3) Las fuentes primarias como documentos de sustantividad notablemente integral

Esto quiere decir que las fuentes primarias tienen casi todos los ingredientes necesarios para la construcción de un nuevo convenio. Desde la plasmación íntegra de las tres generaciones clásicas hasta la incorporación de la compleja nueva generación de derechos colectivos. Lo hacen de forma poco reglada, poco extensa y sin dotar de un sistema vinculado a los derechos colectivos. Deben ser el espacio de inspiración de base casi único para el futuro documento, aderezado por otras aportaciones de las fuentes secundarias.

En mayor medida deben serlo los textos latinoamericanos, tal cual la Declaración, la Carta y el Convenio, los cuales incluso introducen elementos de derechos colectivos que no se encuentran en los documentos primigenios universales. Respecto a ellos se hará una disección más minuciosa que con relación al resto de textos, catalogando los derechos-base de que están compuestos y estableciendo alguno de los parámetros a valorar o a desarrollar.

4) El número de fuentes es desbordante aunque repetitivo y redundante en muchos casos

Podemos considerar que a nivel universal los tres textos que componen la Carta Internacional de Derechos Humanos conforman el núcleo del sistema. Y que luego existen 80 convenios y declaraciones más a nivel internacional que desarrollan lo allí mencionado de forma no más creativa en muchas de las ocasiones.

1.2. Categorías o subsistemas

Hablamos de sub-sistema apelando a que los derechos humanos o los derechos fundamentales conforman un Sistema.

1) Categorización básica de las fuentes

- Tratamiento general de los Derechos (todas las categorías)>>> G
- Tratamiento especial de Derechos Civiles>>> C
- Tratamiento especial de Derechos Políticos>>> P
- Tratamiento especial de Derechos Sociales>>> S
- Tratamiento especial de Derechos Colectivos>>> CL

2) Acotaciones a la cualificación, complejidad, confusión e importancia de los Derechos Colectivos

- a) Los derechos colectivos se nominan como tales por ser aquellos cuyo disfrute sólo puede realizarse de manera conjunta y no de forma individualizada y aislada. Es decir su sujeto es colectivo. Al ser sujeto colectivo, la defensa del derecho es muy complicada hacerla si no es a través de su vocación sistémica.

- b) En este sentido son ejemplares dos documentos al respecto:
- Existe una primera formulación institucional sobre derechos colectivos dada por el Secretariado General (Boutros Ghali, 1992, 1993) y que luego fueron aceptándose en general por la comunidad internacional:
 - Derecho de autodeterminación-Derechos de los Pueblos Indígenas
 - Derecho de la Naturaleza-Medio Ambiente
 - Derecho a la Paz
 - Derecho al Desarrollo
 - Derecho a la Propiedad sobre el Patrimonio Común de la Humanidad
 - La segunda es la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz (1999), propuesta en sede UNESCO y avalada por la Asamblea General que también trabaja sobre todos los derechos colectivos como un sistema indisoluble que, a su vez integra a todos los clásicos derechos humanos.
- c) El Derecho al Desarrollo es un derecho muy polivalente y útil ya que trabaja como sistema incorporando todas las categorías de derechos humanos. Lo más interesante del mismo es la Declaración (1986). La asunción de la indivisibilidad de los derechos por parte de la Declaración expulsa la lógica economicista de toda interpretación de la misma y, por lo tanto, del objeto y del método de los diferentes planes de acción. Y así abre la puerta a la legitimación de otros documentos internacionales (fundamentalmente Convenios) en donde se plantee la posibilidad de generar un sistema de derechos humanos al margen de lógicas economicistas. Sin embargo hay que adoptar muchas precauciones con el desarrollo de este derecho, ya que los documentos postreros en sede de Naciones Unidas intentan equilibrar culpabilidades, soluciones y medidas, introduciendo el actual papel positivo de todos los organismos internacionales -incluidos los comerciales y financieros- necesarios para la buena evolución del mencionado Derecho al Desarrollo. Por lo tanto hay que hacer una construcción muy medida para huir de una generación alambicada de resortes técnicos que no colaboran sino a la confusión y a la desactivación del Derecho.
- d) Los derechos medioambientales o -en mejor expresión- Derechos de la Naturaleza no son considerados como una categoría novedosa ya que habían adoptado cierta lógica de emboscamiento en los derechos sociales. Sin embargo han sido las Constituciones de Ecuador y Bolivia las que han configurado definitivamente a estos derechos bajo la mampara de la lógica colectiva al hacer de la Naturaleza un sujeto de derechos más allá de la lógica individual del derecho ecológico. Esta debe ser una de las reivindicaciones del nuevo texto a proponer.

- e) El Derecho a la Seguridad Alimentaria no puede escindirse del Derecho al Desarrollo como derecho colectivo, ya que la seguridad alimentaria (disponer de capacidad de autoabastecimiento que asegure alimentación básica a toda la población a medio o largo plazo) es la base de un modelo de desarrollo. Caso distinto es el Derecho a la Alimentación, que al ser un derecho individual de provisión habría que introducirlo dentro de los derechos sociales.
- f) Los derechos del consumidor serán derechos a inscribir dentro de la categoría de Derecho Social, ya que son susceptibles de afectar a espacios de provisión material fundamentalmente, sobremanera en lo que respecta a los recursos procurantes por su trascendencia para la existencia básica del individuo.

3) Respeto a fuentes y categorización de vulnerabilidad y transversalidad

No existe aquí en este primer informe la categoría de grupos especialmente vulnerables, puesto que aquí se mantiene la tesis de que tienen cabida concreta en los anteriores bloques. En ese sentido sí son grupos susceptibles de ser transversales pero siempre ajustándolos en los bloques de derechos correspondientes.

Los grupos especialmente vulnerables si se les instala en una separación metodológica pueden llevar a restar vigor a los diferentes bloques de derechos por el efecto dispersivo. Tanto la infancia, como los LGBTI, como los ancianos, como los migrantes son inscribibles en cada uno de los respectivos bloques.

Tampoco podemos decir que todos ellos sean absolutamente transversales. Son grupos de transversalidad limitada. Metodológicamente la mejor opción sería su cualificación dentro de bloques o derechos concretos.

En este sentido se podría firmar que:

- El grupo LGBTI debe ser asumido en la lógica de una profundización de los derechos civiles.
- Los ancianos son inscribibles especialmente en la lógica de los derechos sociales.
- Los niños lo serían tanto en la lógica de los derechos civiles, respecto a la salvaguarda de su autonomía individual; así como también en los derechos sociales respecto a su posible vulnerabilidad material.
- Los migrantes lo serían también en la lógica de los derechos civiles, políticos y sociales.
- Los discapacitados en la lógica de los derechos sociales.

En mayor medida -y de forma ya muy diferente- las nacionalidades o colectivos indígenas son parte nuclear de un bloque de derechos como son los derechos colectivos. Es decir han cobrado entidad propia. Para nada hay que considerar a los colectivos indígenas como una “rara avis” dentro de la categoría de “grupo vulnerable”.

La transversalidad general es una característica que sólo sería aplicable a la cuestión de género a título simbólico. La cuestión de género es también una cuestión de cláusula-principio relativa a no discriminación y a especialidad dentro de los derechos sociales.

Respecto a los colectivos indígenas también se puede decir que en función de que haber adquirido entidad propia no tendrían por qué estar sometidos a tratamiento de “transversalidad”.

4) Sobredimensionamiento de derechos emergentes y obsolescencia de derechos políticos y sociales

Los derechos nucleares del sistema de derechos humanos son los derechos civiles, políticos y sociales. El sistema debería girar respecto a ellos, y en cuanto su extensión y profundización. Sin embargo se constata en hecho de cómo toda una serie de derechos emergentes -que en muchos casos no son sino derivativos de principios (la discriminación por ejemplo) o de derechos civiles- se imponen como nuevos derechos de extensa reglamentación y de cuantiosa producción; con una cantidad sobresaliente de fuentes, que resulta excesiva respecto a la generación de un Sistema nuevo e integral.

Son derechos civiles fundamentalmente en torno a la discriminación formal (minorías nacionales, mujer, migrantes, infancia, discapacidad), cuyos textos ocupan en ocasiones el mismo espacio que otros documentos de tipo general. Existe un sobredimensionamiento de estos derechos concretos que, además, no facturan la elaboración de un derecho nuevo sino que suponen una reiteración del criterio de igualdad (no discriminación) a colectivos específicos con una extensión repetitiva e incluso banal. No sólo puede haber una redundancia en los documentos sino incluso en instancias orgánicas creadas para tal efecto, a su vez generadoras de documentación (v. gr., “Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM)” o la “División de las Naciones Unidas para el Adelanto de la Mujer, promotor de la integración de los derechos humanos de la mujer a nivel internacional en diversas áreas tales como el empleo, las mujeres refugiadas y la lucha contra la violencia de género”).

Proceso que es visible desde hace ya tal vez veinte años y del que podemos tener un ejemplo meridiano en la conocida y reconocida Conferencia de Viena

de 1993 (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993, Declaración y Programa de Acción de Viena), que resulta ejemplo muy significativo. La extensa Declaración en principio apela textualmente a que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso [...] La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida”. Pero no obstante no desarrolla de forma mínimamente expositiva, y mucho menos preceptiva, alguno de los derechos políticos o sociales. Más bien al contrario a lo largo de los 100 puntos del Plan de Acción no se concreta ni se innova sobre derecho político o social alguno, siendo una relatoría voluntarista de ítem tales como: racismo, discriminación racial, xenofobia, minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; trabajadores migratorios; mujer; infancia; tortura; discapacitados. Por el contrario los derechos sociales y políticos quedan casi desaparecidos y banalizados en extremo.

Como la propia doctrina del Sistema reconoce sin derechos políticos eficaces y determinantes, y sin derechos sociales que objetiven el criterio de igualdad y de igualdad de oportunidades, individual y colectivo, no podrá haber eficacia de resultados en los propios derechos civiles. Y esto será así por mucho que se redunde en declaraciones, conferencias y convenciones de puerta giratoria que se desplaza y desplaza para permanecer en el mismo lugar.

5) La cuestión de la debilidad e inconsistencia de los mecanismos de garantías

Respecto a los mecanismos de garantías se plantean los problemas y se hipotetiza con los recursos en el Apartado II de este capítulo (Problemas). Aquí simplemente dejaremos planteada la insuficiencia radical de fuentes en función de los siguientes presupuestos: 1) insuficiencia de las modalidades de tutela, tanto a nivel individual como colectivo; 2) radical precariedad de dichos organismos en cuanto a estructura de competencias funcionales; 3) ausencia de conformación orgánica independiente e imparcial tanto respecto a las fuerzas políticas hegemónicas como respecto de intereses económicos o sociales hegemónicos.

Actualmente son sólo cuatro los espacios institucionales -y siete las instancias orgánicas generales- a donde se puede acudir de forma mínima, y recurrir de manera aún menor, para dirimir cuestiones de derechos humanos si exceptuamos

toda la parafernalia de subcomisiones de tutela de sub-derechos, de virtualidad aún menos que la de las comisiones genéricas: 1) La Corte Interamericana y la Comisión Interamericana en el sistema de la OEA; 2) El Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sistema de Naciones Unidas; 3) El Tribunal de Derechos Humanos en el sistema del Consejo de Europa; 4) La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos en el sistema de la OUA. Es de resaltar como a nivel de sistema universal no hay un solo mecanismo de judicialización. Y a nivel regional sólo funcionan de forma básica y precaria tres instancias judiciales con un subsistema procedimental que abarca mínimas posibilidades de tutela civil, casi nulas posibilidades de tutela política y prácticamente anecdóticas las acciones respecto a derechos sociales.

Respecto a esta mecánica procedimental se hará alusión a lo regulado en la Convención Americana respecto al sistema americano, ya que dentro de su infra-garantismo lo es más que el modelo europeo, superior al inexistente sistema universal y equiparable al mimético sistema africano.

2. Fuentes

El objetivo de este capítulo es valorar qué instrumentos jurídicos y qué material de análisis es válido para la generación de un nuevo convenio. Para ello se escuchará que material puede resultar hábil como simple base o como desarrollo esencial. En este afán se hace imprescindible ir valorando tanto las posibilidades como las carencias porque resulta imposible explicar una necesidad y una propuesta sin haber señalado la falla o carencia de que adolece; aún a sabiendas que algunas de las diagnosis que se hagan aquí se repetirán respecto a lo ya dicho en la I parte.

No obstante esta parte pretende ser más expositiva y taxonómica, estableciendo insumos posibles con mayor concreción.

2.1. Las fuentes institucionales normativas internacionales

2.1.1. Americanas

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)>>> G

- Se le da importancia expositiva y explicativa por ser la matriz de toda la dogmática latinoamericana. Fundamentalmente a los presupuestos axiológicos (principios y valores) y las construcciones que se puedan derivar de los mismos.

- Caracteres generales. Resulta asistemático, lacónico pero, a su vez, omnicomprensivo.
- Omnicomprensión sistémica en algunos derechos. En este sentido es muy interesante la regulación del Derecho de Propiedad, ya que ese derecho no sólo posee un carácter civil sino también social (aprovisionador) ya que no es un derecho a la propiedad escueto, de simple habilitación y, por lo tanto, sin límites. Es derecho cuyo enunciado (“correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa y digna”) abre coordenadas en dos sentidos: a) reconocimiento de la necesidad de que todo hombre tenga derechos a unos mínimos de propiedad (propiedad primaria); b) no reconocimiento de salvaguarda de una propiedad individual ilimitada, por encima de una cobertura primaria de la misma (propiedad extensa).
- Prefacio/Preámbulo. Asunción de una lógica del estatus-humano y de la relación humana con base en “la dignificación humana”; con el fin de alcanzar la “felicidad colectiva”; objetivo: “progresar espiritual y materialmente”; y con el fundamento: esencia de la persona humana, con base en la Igualdad de todos los hombres, dentro de una relación de fraternidad.
- Garantía: régimen interno de los Estados y las propias garantías que oferta el declaratorio internacional (universal y regional).
- Principios: Igualdad -no discriminación- (art. 2).
- Clausulas: Interés general. Interesante por limitativa, con base en el “deber” (art. 28, 29). Avalan la limitación de los derechos de un ciudadano en la salvaguarda de los demás y del interés general (art. 28). Avalan la limitación de las actuaciones privadas cuando irrumpen en la esfera de ruptura del desenvolvimiento integral de la personalidad del “otro” (art. 29). Se maneja también la cláusula Interés Nacional -genérico y urgente- (art. 34). Es así mismo interesante el Deber de prestación con recursos propios y exacciones fiscales (arts. 24 y 26).
- Derechos Civiles. De elenco básico pero omnicomprensivo: Vida y seguridad -integridad física- (art 1); Libertad de Culto (art. 3); Opinión/ Expresión/Difusión (art. 4); Dignidad (art. 5); Residencia y Circulación (art. 8); Inviolabilidad de domicilio (art. 9); Inviolabilidad de la Correspondencia (art. 10); Propiedad Intelectual (art. 13); Personalidad/personalidad jurídica (art. 17); Tutela judicial efectiva (art 18); Nacionalidad (art. 19); Reunión (art. 21); Manifestación (art. 21); Asociación (art. 22); Propiedad (art. 23); Habeas Corpus (art. 25); Tutela Judicial Efectiva (presunción de inocencia, contradicción, juez natural, penalidad no infamante, art. 26); Asilo (art. 27).
- Derechos Políticos: de elenco básico por minimalista si bien se hace una alusión lacónica a la participación. De la misma manera de lo que es habitual en el constitucionalismo comparado, como es reducir los derechos políticos al derecho

sufragista a la representación (art. 20); si acaso con una mención genéricamente indeterminada a la Participación y al Derecho de Petición (art. 24).

- Derechos Sociales: elenco muy extenso y sucinto. Aunque no en todo su articulado ya que hay que hacer notar como introduce el derecho a la alimentación y vestido, y el derecho a la educación real y capacitario-finalista, de manera más ambiciosa que su regulación en los textos constitucionales contemporáneos. El bloque se conforma con los siguientes contenidos ordinarios: Protección de la Familia (art. 6); Protección a la Infancia (art. 7); Sanidad (art. 11); Alimentación y vestido (art. 11); Educación (art. 12); Cultura (art. 13); Trabajo y Justa Retribución (nivel de vida básico/sostenible, art. 14); Descanso y Ocio (espiritual, cultural, físico, art. 15).

El sistema de previsión se reconoce, aunque sea de manera muy genérica. Queda remarcado su no asistencialismo puesto que se menciona explícitamente el concepto “seguridad social”. Hay que considerar que la generalidad puede ser positiva y expansiva según como se exprese. En este caso (“cualquier causa que imposibilite al individuo para obtener medios de subsistencia”, art. 16), supone la extensión previsoría a cualquier contingencia que impida al individuo valerse por sí mismo.

Resulta interesante valorar cómo la regulación de la Propiedad se da también como un derecho de limitación y provisión (art. 23), al hablar no sólo aisladamente del derecho habilitante sino también de que tiene un contenido material y extensible a todas las personas en “mantener la dignidad” y las “necesidades esenciales de una vida decorosa”.

- Deberes genéricos: Paterno-filiales (art. 30); Educación Primaria (art. 31); Sufragio activo (art. 32); Sufragio pasivo (art. 34); Obediencia a la ley (art. 33); Trabajo (art. 37); No actividad política del extranjero (art. 38).

2. Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1948)>>> S

- Texto especializado pionero en derechos sociales. Sorprende que antes que la comunidad internacional (Pacto) o la propia Europa (Carta Social) alumbraran textos sociales son los Estados Latinoamericanos (Estados Unidos no la firma) los que asumen esta ambiciosa carta que prácticamente suscribe la generalidad de bloques en derechos sociales.
- Su Preámbulo es todo un alegato comprometido con el Estado Social. Y supone una crítica al estadio anterior cuando habla de rehabilitación económica, social e incluso moral; y como la no consideración económico-social del individuo equivale a su no reconocimiento como persona.

- Insta a desarrollar una legislación social conexas con todos los convenios de la OIT.
- Se ampara para ello en los principios cristianos que sirven para avalar y hacer obligado un bienestar material que pueda posibilitar su libertad, dignidad y desarrollo espiritual.
- La Carta se asume como una “Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador”.
- Los principios generales apelan a un conjunto de elementos tales como la dignidad, no discriminación, vocación, y formación profesional. Y también a una serie de insumos sociales tales como alimentación, vestido, vivienda. Resulta llamativo como de seguido el Estado asume la obligación de ejercer políticas de vivienda, de economato, de casas de comida, espacios vacacionales e incluso cooperativas de crédito con destino en el ámbito trabajador.
También aparece por primera vez una redacción que incorpora el criterio de progresividad adecuada.
- Un primer apartado prescribe la existencia de negociación colectiva bajo la modalidad más garantista de sectorialidad. Introduce la obligación del salario mínimo, la paga extraordinaria e incluso el reparto de beneficios.
- Un segundo apartado enumera jornada de trabajo, vacaciones o edades mínimas, introduciendo la jornada de 8 horas, el descanso semanal, las vacaciones remuneradas o el trabajo infantil.
- Se prescribe la estabilidad laboral introduciendo la obligatoriedad de la indemnización
- Es especialmente importante la asunción y enumeración de un sistema de previsión apelando a todo el elenco posible de protección: enfermedad, accidente, maternidad, invalidez, jubilación, viudez, orfandad; con especial mención del descanso por maternidad.
- Se introduce la necesidad de una estructura orgánica especial de administración, inspección y judicialización del espacio de lo socio-laboral
- También se avalan derechos políticos tales como el derecho de asociación o de huelga.
- Resulta significativo el capítulo dedicado a poblaciones aborígenes. Es una primera indicación de su reconocimiento diferencial, estableciendo no una tutela ordinaria integracionista sino reconociendo su especificidad. Se asume su protección como derechos de las propias poblaciones, sobresaliendo el campo de la garantía y protección respecto a sus posesiones económicas.

3. Carta de la Organización de Estados Americanos (1948-1993)>>> G

- Completado en Protocolo de Buenos Aires (27 de febrero de 1967), Protocolo de Cartagena de Indias (5 de diciembre de 1985), Protocolo de Washington (14 de diciembre de 1992), Protocolo de Managua (10 de junio de 1993).
- Propósitos. Amplios, pero por amplios interesantes como matriz de justificación, desarrollo o imbricación de derechos: Paz, Solidaridad, Soberanía, Seguridad, Democracia Representativa.
- Reflejar el hecho de que erradicar la pobreza crítica es imprescindible ya que “supone obstáculo desarrollo democrático”, es el más temprano reconocimiento de conexidad de la dogmática comparada.
- Principios. Se repiten ítems anteriores, aunque de manera interesante, ya que se reitera la eliminación de la pobreza crítica, esta vez asumiéndola en relación imprescindible para la consolidación de la democracia. Hay un nuevo guiño a la conexidad cuando se menciona como la justicia y la seguridad social son bases de paz duradera.
- Es destacable también como se apela bajo múltiples formas al tótem “soberanía” como derecho y deber de los Estados.
- Derecho al Desarrollo (como sistema). Se incorporan de manera muy dispersa –y un tanto literaria– numerosos derechos sociales. Pero es muy interesante –tal vez lo más interesante del texto– como en definitiva se apela al Desarrollo Integral, introduciendo toda una incorporación de derechos sociales pero como “sistema”, lo que lo acerca a un reconocimiento dogmático del Derecho al Desarrollo como sistema necesariamente envolvente de toda la lógica de los derechos sociales.

No sólo eso sino que se recarga la lógica del texto, sintonizando con los principios de Seguridad y la Paz (art. 30), redundando en cómo se hace necesario un desarrollo integral económico, social, educacional, cultural. Asemejándose -sensu contrario- a un reconocimiento de que la violencia estructural existe.

La vocación sistémica del texto nos aporta otro interesante elemento cuando, mencionando el derecho al desarrollo de la personalidad, apela a su inaprehensión si no se da un orden económico y social justo. Lo que viene a ser otro reconocimiento de conexidad de los derechos (art. 33).

Integra también un muy amplio memorándum social, bajo la denominación de “metas” (art. 34). Aunque disperso y asistemático supone un filón dogmático notable favorecido por un enunciado mayestático de objetivos: pobreza crítica, distribución equitativa renta y plena participación de los pueblos en las decisiones relativas al desarrollo.

Los elementos sociales desgranados serían: Distribución equitativa de la renta, Sistema impositivo equitativo, Régimen equitativo de Tierras, Salarios justos, Condiciones de trabajo aceptables, Educación (erradicación analfabetismo / acceso a la educación), Derecho a la alimentación (nutrición adecuada), Vivienda adecuada, Condiciones urbanas (vida sana, productiva, digna). Amén de otros derechos tales como Cultura, Ciencia, Educación y otros (arts. 47, 48, 49, 50, 51).

Más adelante se retoma de nuevo el Derecho a la paz (“alcanzar verdadera paz”, art. 45), para englobar toda una serie de muy progresivos elementos sociales: mecanismos laborales (derecho social), derecho al trabajo, a la huelga, a la asociación sindical, a la negociación colectiva, a la cogestión (consulta entre sectores de la producción); seguridad social, economía social (cooperativas comunales), incluso políticos (participación), movilidad social (aceleración).

Va más allá del estricto memorándum la prescripción que se hace de cómo las Empresas transnacionales se adecuarán al modelo de desarrollo (art. 36), lo que supone establecer la base de una dogmática obligacional respecto a la propiedad expansiva (empresarial), que abre muchas posibilidades. Ello junto con el reconocimiento de la legitimidad de las barreras proteccionistas (art. 39) supone una alimentación del sistema de Derecho al Desarrollo, vehiculable a la cláusula-fin de Interés General.

Contiene lo que podríamos denominar extensa dogmática económica, ya que se prescribe: diversificar la estructura económica, acelerar el desarrollo, intensificar el proceso de integración económica. Todo ello con base al equilibrio económico y, subsiguientemente, a la seguridad nacional. Entra en configurar criterios sobre economía política al mencionar precauciones ante políticas liberalizadoras: convenios comerciales (pero adecuados), comercialización ordenada que evite la perturbación de mercados o diversificación exportaciones.

El enorme valor bruto de este bloque dogmático-económico sólo es perturbado por una cuestión conceptual ya que se habla de “desarrollo económico” y se debería cambiar por el código “desarrollo humano” (art. 41).

La mención a la “integración económica” habría que enmarcarla como presupuesto en la línea conductora de la Carta del derecho al desarrollo (art. 40, 41, 42, 43). En este sentido se recoge la hipótesis del Mercado Común Latinoamericano.

4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)>>> C-P

- Caracteres Generales

Dispersión axiológica en el Preámbulo, sin diferenciar: Fin, Valores-Principios, Objetivo, Función. No obstante este tipo de preámbulos mayestáticos dan base para un desarrollo de igual proporción.

No hay bloques entre generaciones, y no hay jerarquías formales. Lo que en principio puede sugerir una evaluación negativa por asistemática, no obstante sirve para avalar una lectura indivisible de los mismos.

- Prefacio/Preámbulo.

Asunción de una lógica del “estatus humano” con base en “la dignificación humana”, conseguible liberando del temor y la miseria, procurando el binomio libertad personal + justicia social; y los instrumentos para crear un entorno (“condiciones”) serán los derechos esenciales del hombre, tanto civiles, políticos como sociales y culturales.

Convenio que asume toda la “ideología” de los antecedentes: asunción de la Carta, la Declaración Universal y la Declaración Americana.

- Garantías e interpretación.

Se avala un amplio régimen de garantías, el interno de los Estados y las propias garantías que oferta el declaratorio internacional (universal y regional). Imponiendo obligación genérica para los Estados de respeto al Convenio, sin discriminación y con universalidad (“sin discriminación nacional”, art. 1); con obligación de asunción interna normativa (vinculante) pro-efectividad (art. 2); con cláusula irrestricta, bajo interpretación sin limitaciones, derivadas de legislaciones internas, sin supresión de ningún derecho (art. 29).

- Deberes.

Con base a la correlación entre Derechos y Deberes. Muy interesante el aporte, sólo tópico en el equilibrio entre derechos individuales. Innovador en cuanto a los deberes respecto a la Comunidad y la Humanidad. Que se concretan en la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común. Abre la vía para poder concretar una definición de “bien común” y un desarrollo del concepto “seguridad-de-todos” (¿seguridad nacional?). Para desarrollar la seguridad como principio rector, al igual que la soberanía.

- Derechos.

Bajo dos cláusulas: a) cláusula omni-expansiva (art. 29). No sólo apelando a la Declaración Americana sino a “otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Esta amplitud (“actos”) es difícilmente superable; b) cláusula ius-naturalista (art. 29), ya que se apela a la inherencia del ser humano.

- Suspensión.

Tópica y limitada o limitada por tópica. Caso de guerra o de un indeterminado “peligro público” u “otra emergencia”, lindantes con la independencia y seguridad del Estado.

Para el caso de la entrada en la guerra o el conflicto, en la práctica totalidad del constitucionalismo y el convencionalismo comparado, se echa en falta una

regulación que conlleve garantías y controles para la entrada en guerra o conflicto, una perspectiva del derecho a la paz que considere el “ius ante bellum”.

- Derechos Civiles

Tópico pero mayor en extensión que la mayor parte de textos constitucionales clásicos. Personalidad Jurídica (art. 3), Vida (desde la concepción (art. 4), Pena de muerte prohibida para los Estados donde se ha abolido, limitada a los delitos gravísimos y por razones de edad o delitos políticos.

Interesante es el derecho a la Integridad Personal (art. 5), por omnicomprendivo y sistémico, ya que abarca la física, psíquica y moral y es integrable con la libertad personal (art. 7), incluso con el trato inhumano o degradante, lo que puede ser susceptible de desarrollo.

La tutela judicial efectiva y los derechos penitenciarios son extensos. Con monográfico sobre la pena (no cruel, no colectiva, readaptadora), separación de condenados y procesados, tribunales especiales para menores. Tópico en su contenido general y relativo a la detención. Garantías Judiciales (art. 8), tópicos y bastante completas. Faltaría un capítulo de Garantías Administrativas.

En muchas ocasiones la asistemática hace que los principios se inserten en medio de un derecho concreto, como por ejemplo es el caso del Principio de Legalidad y Retroactividad (art. 9), que debería ir a un Capítulo previo de Principios, incluso dentro de un Título Preliminar.

La alusión a la Indemnización como derecho es medianamente habitual (art. 10), y forma parte de las carencias habituales de los textos. Podría ser conveniente su incorporación dentro de un derecho a la Reparación Integral, no sólo por condena errónea sino por otros casos de responsabilidades del Estado, sustanciadas en diversas formas, de las cuales la patrimonial sería simplemente una de las varias formas posibles.

La asistematicidad conduce a que la Protección Judicial (art. 25) sea un monográfico sobre el “recurso”, introducido mucho más adelante, que debería ir en el mismo bloque que el resto de la tutela judicial efectiva. Además se vuelve a obviar el “recurso administrativo”.

La Protección de la Honra y la Dignidad (art. 11) se redacta como un derecho demasiado polivalente. Es tópico pero excesivamente confuso ya que integra dos derechos de naturaleza diferente tales como el Derecho a la Inviolabilidad del Domicilio (injerencias en la vida privada, familiar, domicilio), y el Derecho al Secreto de comunicaciones. Por otro lado mencionar como el derecho a la honra es derecho infravalorado y poco protegido. Habría que apelar a su mayor protección, con base a que está vigente un sistema que sobrevalora el daño económico-patrimonial e infravalora el daño moral.

La Libertad de Conciencia y Religión (art. 12) mantiene su tratamiento clásico. En este sentido habría que recoger a la infancia como nuevo sujeto emergente para matizar una parte de este derecho que monopolizan los padres en detrimento del niño. El derecho a la libertad religiosa de los padres no debe implicar la inmersión absoluta del menor en una sola creencia o religión. Hay que considerar un derecho del niño al libre desarrollo de la personalidad. Por lo tanto el derecho de los padres a la libertad religiosa no debe anular por completo el derecho del niño a recibir información sobre otras creencias. Habría que advertir que la seguridad garantista de un derecho como este mejoraría mucho si la alusión a la “moral pública” no fuera un indeterminado peligroso de limitación, que debería ser excluido si no se le dota de contenido concreto; ya que es concepto puramente especulativo y susceptible de ideologización.

La libertad de Pensamiento y de Expresión (art. 13) es derecho que sirve tal cual. Tiene naturaleza minimalista y sólo es susceptible de ser matizado, pero en función de otro derecho, como es el derecho a la comunicación. En este caso hay un problema, cuando se utiliza para su limitación un concepto de alto grado de indeterminación y amplitud, como es el odio, que está siendo un lugar común de muchas legislaciones penales. Sin embargo el odio sin definición es un concepto muy opinable en su intensidad. Según la RAE es “antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desca”. La cantidad ingente de situaciones que puede contemplar dicha definición limitaría en gran medida la libertad de expresión. Debería limitarse a la simple “incitación a la violencia”.

El Derecho de Rectificación y Respuesta (art. 14) es ejemplo de una digresión relacionada con otro derecho, en este caso con el Derecho al honor y a la dignidad. Digresión válida si es incorporada al derecho real ya que ayuda a su garantía.

El Derecho de Reunión (art. 15) tiene un tratamiento clásico pero con dos problemas. Uno primero que es extensible también a otros derechos tal cual es el del retorno de la limitación indeterminada: seguridad nacional, seguridad (genérica), orden público, moral pública. Toda indeterminación en la limitación supone una merma de la garantía. Máxime cuando es tan amplio dicho elenco. Y uno segundo como es la ausencia del derecho a la manifestación que se supone es recogido por este, y que habría que desarrollar más en cuanto a sus limitaciones bajo el clásico prisma de la colusión de derechos.

Con el Derecho de Asociación (art. 16) sucede lo mismo. Esta bajo limitación genérico indeterminada semejante al caso anterior y que en un caso tan emblemático como el del derecho de asociación debería no estar tasado o estarlo de manera sumamente concisa.

El Derecho de libre Circulación y Residencia (art. 2) es otro derecho sometido a idénticas limitaciones genéricas. La restricción por “interés público” es otro indeterminado. Limitarlo, cuando menos, a elementos más concretos como son el “interés económico-social” o algún motivo relativo al “interés militar”. El Derecho al nombre (art. 18) es otro de los derechos que se deslindan del derecho a la personalidad cuando no es sino el primer desarrollo del mismo y, por lo tanto, debería ir en personalidad como desarrollo del derecho o como desarrollo del bloque de derechos. Como propuesta habría que plantearse como desarrollo básico del derecho supeditar el propio derecho a una servidumbre como es el adoptar nombres y apellidos de los antecesores de forma obligada.

Con el Derecho a la Nacionalidad (art. 20) también ocurre lo mismo, pertenece al Derecho a la Personalidad bien como desarrollo del derecho o como componente del bloque de personalidad. También como uno de sus desarrollos se hace conveniente introducir la doble nacionalidad.

También se encuentran planteados los Derechos del Niño de forma simplemente general (“protección”, art. 19). Escuetamente pero con posibilidades ya que hace corresponsable a la sociedad y al Estado de la mencionada “protección” del niño. Los derechos del niño son otro de los derechos emergentes que, sin embargo, no innovan en tutelar a la infancia respecto a los aspectos más importantes y determinantes relativos a su personalidad, como es la no ultra-determinación religiosa, ideológica o política. Un papel que debería ejercer el Estado como factor equilibrador y, en suma, como tutor compartido. Subyace también en este tema otra cuestión, como sería el cambio de apelación para no vulnerar la cuestión de género -cuando menos en castellano- y pasen a ser apelados como derechos de la infancia.

La Propiedad Privada (art. 21) mantiene un tratamiento clásico y escueto, incluida la *exceptio* del “interés social”, y resulta importante reseñar que se elude hablar de interés general para, sin embargo, hablar de interés social, que es un concepto matizado, y no mimético del interés general (o de utilidad pública). En los tratamientos de la propiedad privada se echa en falta una clasificación de los tipos de propiedad privada, pública y social.

Da muchas posibilidades la prohibición de la usura y “la explotación del hombre por el hombre”. Precisamente tantas posibilidades deben dar lugar a hacer el mencionado clasificatorio de los tipos de propiedad y las diferentes garantías, tutelas y servidumbres a las que estarían sometidas. La usura es un indeterminado pero al que se le pueden poner concreciones cuantificables y cualificables. En menos medida a la “explotación”, pero no obstante la contundencia del verbo reclamaría imaginación jurídica al respecto.

Cabe también la posibilidad de que las tipologías de propiedad pública o propiedad social sean trasladadas a los bloques de derechos sociales o de derechos colectivos. A un área indisponible para la propiedad privada o para la enajenación en donde debería clasificarse y catalogarse la propiedad susceptible de demanialización.

El Derecho de Asilo se encuentra acogido por el Derecho de Circulación y Residencia (art. 22), cuando son derechos de naturaleza radicalmente diferente si bien de funcionalidad e instrumentalización semejante. El Derecho de Asilo debe constar como derecho político e integrarse en el bloque de derechos políticos. Se deben tasar sus causas para evitar que se pueda hacer del mismo un abuso tanto por parte de ciudadanos en su petición como de Estados en cuanto a su denegación.

- Derechos Políticos

La Libertad de Pensamiento y de Expresión (art. 13), en cuanto a “buscar, recibir, difundir informaciones” tiene sesgo político. La referencia a medios de limitación “indirectos” resulta muy completa, a la administración y concesión de frecuencias, el “control” político. Las limitaciones (seguridad nacional, orden público, moral pública) son ítem de mucha ambigüedad. Sólo un órgano muy plural (la “independencia” es un indeterminado) puede valorar tales indeterminados.

Los Derechos Políticos en principio -y desde la sistemática del texto- tienen un solo artículo (23). Resulta un tanto paradójico que una Convención con radical profesión de fe democrática asienta en que todos los derechos políticos sean “recluidos” en un solo artículo. Artículo que se limita al derecho de representación. Sólo se menciona la participación directa. Es sin duda uno de los puntos más débiles que como fuente tiene la Convención. En este sentido sería sugerible la introducción de muchos más mecanismos de participación, teniendo a las Constituciones de Ecuador y Venezuela como fuentes principales de elementos a adaptar al estilo de una Convención.

Por lo demás el débil artículo de derechos políticos alberga dos elementos que no son derechos políticos. El primero el acceso a la Función Pública que es un derecho civil (según mérito y capacidad), y del que no es necesario aludir a su no discriminación puesto que es éste un principio. El segundo la Igualdad ante la ley (art. 24) que tampoco es un derecho sino principio informador.

- Derechos Sociales

No constan como tales, sólo si acaso una mención a su desarrollo progresivo (progresividad pasiva). Pero es importante valorar como hay una remisión -tangencial- a la Carta y al Protocolo de Buenos Aires (art. 26).

- Organicidad de Protección

La Convención, de manera mimética a su homónima europea, recogía por primera vez unas mecánicas de protección y tutela de los derechos, que se

convertiría en el sistema más complejo dentro del derecho comparado cuando el Consejo de Europa liquidó la Comisión.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos son instrumentos de producción menos que insuficiente. Su análisis somero sirve para detectar sus insuficiencias.

- a) Organicidad dependiente directamente de las ternas elevadas por los partidos hegemónicos. Los comisionados y los jueces del sistema no sufren otros tamices para su selección que la elevada por los diferentes gobiernos.
- b) Las tutelas no son susceptibles de ser enmarcadas en una definición y descripción del derecho vulnerado que sea suficientemente concreta para que la Comisión y el Tribunal no puedan operar a discreción. Si bien la generalidad de admisión tutelar podría ser positiva, sin embargo, no lo es en cuanto que esa generalidad es utilizada para la merma de la amplitud y extensión del derecho y no para su expansión e incluso conexión con otros derechos.
- c) Los derechos tutelados son muy restringidos. Quedan excluidos prácticamente los derechos sociales y los derechos colectivos, y en cuanto a los derechos políticos es evidente que la parquedad de su desarrollo hace imposible casi su propuesta de tutela.

Por lo tanto es fuente insuficiente, parca técnicamente y esclerotizada políticamente. Inservible como tal en definitiva.

5. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985)>>> C

- Tratamiento muy ambicioso, amplio, explícito y garantista que va más allá que la acción tendente a la averiguación de los delitos.

6. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) (1988)>>> S

- Maneja un Preámbulo imprescindible. Es una de las fuentes más valiosas de todo el convencionalismo regional y universal.
 - Dota de esencialidad a los derechos ahí contenidos.
 - Recuerda que la libertad -como principio supremo y sinónimo de libre de temor- sólo se consigue generando “condiciones”, sólo realizables por un Sistema integral de derechos humanos.

- Proclama la relación estrechamente indisoluble entre la generación de derechos civiles y políticos y la de derechos económicos y sociales. Por lo tanto la imposibilidad de disociación, lo ineludible de que conforman un sistema y como sistema han de funcionar.
- Niega la “exceptio de incompatibilidad”, aunque sea parcial o temporal. Es decir minorar unos para salvar a otros.
- Su conexidad la aplica extensivamente apelando a los derechos colectivos (más concretamente el derecho al desarrollo y el derecho a la paz), instando a su integración en el sistema americano.
- Derechos Civiles y Políticos. Aun tratándose de un texto monográfico de derechos sociales introduce algunos derechos de tipo civil. Como es el caso de la libertad de Educación (art. 13) o la Propiedad Intelectual (art. 14).
- Así también introduce derechos políticos, como Organizar sindicatos (art. 8), o la Huelga (art. 8). En los que, por cierto, introduce limitaciones indeterminadas (salud pública, orden público, moral).
- Derechos Sociales. Su articulado de introducción es el mayor activo del Convenio. Apelando a la Progresividad (art. 1); a la Garantía, que será legislativa, abriendo la vía a hipotéticas acciones por incumplimiento (art. 2); no discriminación (art. 3), incluyendo “origen nacional” (lo que debería consecuencias -en derecho social- extraordinarias); la asunción del Principio extensivo, o de no restricción del Protocolo (art. 4); Cláusula de restricción “pro comunitatis” (art. 5), que al ser cláusula paralizante/bloqueo, sería bueno eliminarla.
- Derecho al Trabajo (art. 6), de exigencia vocacional. La consideración del “pleno empleo” como prioritaria puede ser argumento a favor de determinadas políticas neoliberales. Es mejor no considerarlo prioritario, puesto que su consecución puede minorar otros derechos sociales.
La remuneración “digna y decorosa” debería tener un acercamiento en criterios cuantitativos y cualitativos). La “promoción” laboral en función de “tiempo”, “probidad”, “competencia” es elemento positivo a fortalecer puesto que va en contra de la misma la precariedad. Elementos como el “Descanso” o las “vacaciones pagadas” deberían ser susceptibles de concreción.
- La Seguridad Social (art. 9) es muy breve y se encuentra mal delimitado. Conceptualizado de manera redundante (“atención médica”) respecto al artículo de “sanidad” (universalizada). Extiende el derecho de previsión a “toda persona”, por lo que deja de ser un sistema de “seguridad social”, ya que no se puede dotar de previsión, de manera universal, porque ya no es seguridad social ni previsión [...]). No concreta, y se articula de forma muy general: “proteger contra consecuencias de incapacidad para imposibilitar física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”.

- Salud (art. 10). Plasmado de manera confusa. Toda persona tiene derecho a la salud y se reconoce como “bien público”. También “todos los individuos tienen extendidos los servicios de salud”[...] para luego concretar sólo en la “atención primaria”. Si resulta un aporte interesante en el tratamiento de la inmunización y prevención.
- Medio ambiente sano (art. 11). Ejemplo de asistematicidad puesto que introduce en el mismo artículo nada menos que el tratamiento de los “servicios públicos básicos”. Es una forma de eludir problemática tan socialmente esencial, y que reclaman para sí mucho más que un artículo propio.
- Alimentación (art. 12). Resulta sugestivo el compromiso de perfeccionar métodos de producción, aprovisionamiento, distribución de cara a su desarrollo para no hacer del derecho algo simplemente mecánico. Debería modificarse dicho término, y cambiarlo por “Nutrición”.
- Educación (art. 13). Ambicioso por la prima omnicomprensiva a la gratuidad: Primaria (gratuita), Secundaria (accesible, progresiva gratuita), Superior (accesible, progresiva gratuita), con referencia a Discapacitados. Posee un enunciado de muchas posibilidades al apelar al pleno desarrollo de la personalidad humana o el pluralismo ideológico.
- Familia (art. 15). Regulación con proclamas de tipo civil incluidas, con referencia en ayudas relativas al parto. Se apela a “programas de formación para intensificar valores de comprensión, solidaridad, respeto [...]” que deberían enfocarse más que hacia la familia al reforzamiento de la comunidad.
- Niñez (art. 16). Ya se ha aludido en otras ocasiones como la niñez es un derecho emergente paradójico. Por un lado hay una inflación de textos normativos protegiendo a la niñez y, por otro, queda pendiente el tema de su falta de autonomía mínima, fundamentalmente en lo que respecta a su subordinación educativa, al ser tema nuclear de la formación de la personalidad de un individuo.
El reconocimiento de que sus derechos no están en manos de la Familia sino también de la Sociedad y el Estado abre vías respecto a una omni-absorción familiar. Resulta llamativa la alusión a la discriminación pro-femina (“el niño de corta edad no debe ser separado de su madre”) sin determinar dicha edad a la que se apela.
- Ancianos (art. 17). Resulta válido porque hay un desarrollo tanto como grupo económicamente vulnerable como grupo socialmente vulnerable (no generaliza recurriendo a la universalización). Se habla de estimular organizaciones sociales para mejorar la calidad de vida, aunque faltaría mejor mencionar la articulación de centro públicos comunitarios de acogida por encima del voluntarismo civil.

- Discapacitados (art. 18). Mención de Programas, Recursos y Formación a familia. Es desarrollo correctamente genérico en cuanto que la vulnerabilidad del discapacitado es universal. Pero es universal desde una perspectiva civil del derecho. No así desde una perspectiva social, ya que en este caso estamos ante una vulnerabilidad añadida que no es susceptible de universalización sino de situación social. Se echa en falta una limitación de los mismos como grupo vulnerable, por ello aquí se debe evitar la universalización, y hablar de ayuda correspondiente a la circunstancia económica familiar.

7. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte (1990)>>> C

- Llano y simple

8. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994)>>> C

- Redundante, sólo valdrían algunos párrafos.

9. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzosa de Personas (1994)>>> C

- Se asemeja a un protocolo de seguridad

10. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999)>>> C

11. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000)>>> C

- Documento declarativo pero muy completo y valioso sobre Derecho a la Comunicación tanto Activo como Pasivo (art. 2). Comenzando por la declaración general: toda persona tiene derecho a recibir y difundir, con igualdad de oportunidades y sin discriminación económica (“posición económica”). Reconocimiento de la imposibilidad de objetividad: “veracidad”, “oportunidad”, “imparcialidad”.
- A partir de ahí se pueden abrir posibilidades de desarrollo de un articulado al respecto que mencionara la fragmentación plural de los medios, la prohibición de las posiciones de dominio, tanto patrimoniales como sobrevenidas (subvenciones, créditos, propaganda). Precisamente porque

hay un reconocimiento explícito de ese objetivo (art. 12). A anexar únicamente la concreción sobre composición del accionariado de los medios: fragmentación / incompatibilidades temáticas / incompatibilidades personales, tanto cualitativas (participación en otras empresas) como cuantitativas (límites de propiedad del capital).

- Es un texto con muchas posibilidades, aunque con un defecto como es el mezclar derechos de distinta naturaleza tales como el Habeas Data, que es un derecho de intimidad o el Derecho al acceso a los datos e informaciones en poder de la Administración, que es un derecho a la información (arts. 3, 4).

12. Carta Democrática Interamericana (2001)>>> P/S

- Texto disperso. Con pretensiones de ser un texto de relación entre el concepto-hecho Democracia y algunos derechos y principios. Todo hecho de manera no sistemática. No obstante propone la cuestión de “sistema” tan imprescindible para la nueva metodología.
- Los “considerandos”, “recordandos” y “reafirmandos” viene a reivindicar: el hecho participativo de la democracia, el desarrollo social, la lucha contra la pobreza y la relación derechos humanos-desarrollo.
- Mención de todos los textos relativos a derechos humanos y, más concretamente, el Protocolo de San Salvador, hablando de reafirmar, desarrollar, perfeccionar y proteger los DESC como método de consolidar la Democracia. De esa manera se enumeran una serie de elementos que sumados y desarrollados consumirían un marco de profundización democrática real:
 - Apelación a la indivisibilidad (art. 7), estableciendo una conexión entre democracia y derechos humanos (en su carácter indivisible e interdependiente).
 - La Participación refuerza la representación, necesaria para el “pleno y efectivo ejercicio de la democracia”. Hasta el punto de que “promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia” (art. 2 y 6). Además de la separación e independencia de los poderes públicos. Dicha conclusión serviría para hacerla un correlato del Derecho de Participación a través de un sistema nuevo de elección de los diferentes poderes y la propuesta de un nuevo poder, con base a la experiencia de la constitución de Ecuador 2008.Hay más interés por la participación, aunque de forma indirecta, ya que cuando se afirma que es prioritaria la “transparencia, la probidad, la responsabilidad” (art. 4), sólo se puede estar aludiendo a mecánicas de control que habría que instalar a futuro. De la misma manera que en la crítica a los partidos políticos (art. 5), respecto a campañas electorales y financiación.

- Es interesante el aval que hace de un sistema de sistemas (Capítulo III, Título: “Democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza”). De tal manera que hay reconocimiento de interdependencia directa entre Democracia y Desarrollo Económico explícito (arts. 11, 12). Incluso con una apelación directa a un indicador objetivo: nivel de desarrollo humano. Además del reconocimiento también explícito de cómo hay relación estrecha entre Democracia y Desc (art. 13).
- Garantías extensibles (art. 8). Después de hacer indivisibles todos los derechos en el artículo 7, el artículo 8 habla de poder interponer denuncias y peticiones ante el sistema interamericano. Y se habla de “fortalecer”. Y cómo hacerlo sino extendiendo una garantía para todos los derechos sin excepción.

13. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008)>>> C

- Ambicioso, exhaustivo y francamente difícil en cuanto a su plasmación, en uno de los escenarios sociales más complejos de irreductible dificultad. Muy minucioso en su reglamentación de derechos civiles y aún políticos y sociales.
- Sirve muy relativamente como fuente, ya que está sobredimensionado respecto a la consideración de otros derechos.

14. Carta Social de las Américas (2012)>>> S/P

- Actúa también pro-sistema. Promueve la idea sistémica de derechos humanos. No como sistema de funcionamiento o “procesal” sino como sistema, como lógica sustantiva.
- Democracia-Desarrollo Integral-DESC es la trinidad que flota sobre todos los Preámbulos de Convenios y Cartas (v.gr., de forma ejemplar la Carta Social de las Américas). Tres elementos distintos pero conformando un solo elemento sustancial. Reconociendo su interdependencia.
- Universalidad-Indivisibilidad-Interdependencia es la otra trinidad. Menos importante porque ya se ha mencionado anteriormente como aquí se toma interdependencia e indivisibilidad como sinónimos si acaso, con grados diferentes. Y se opta por la indivisibilidad porque es un grado superior a “interdependencia” o “conexidad”. Impugnamos la “universalidad” puesto que hay derechos sociales que son patrimonio exclusivo del mundo del trabajo y, por lo tanto, no deben ser universales. No hay que confundir el principio de igualdad o no discriminación con el principio de universalidad.

- Se hacen correlatos de derechos sociales y políticos junto con principios (hambre, analfabetismo, educación, sanidad, servicios públicos, no discriminación, ingreso equitativo, participación). Tal fusión sería criticable desde un punto de vista metodológico pero buscando la parte positiva podemos ver en ello una prueba de la vocación de Sistema que presuntamente buscan los Estados.
- Como también se recoge la importancia de un fortalecimiento del subsistema político de derechos (transparencia, gestión pública proba, rendición de cuentas, corrupción, participación ciudadana). Y como crítica habría que decir que obvia todo el sistema de previsión.
- Vincula el desarrollo integral a la seguridad (“contribuye a crear condiciones de seguridad”). Si tenemos en cuenta que ya antes se había mencionado el desarrollo integral -se supone vinculado elípticamente a la seguridad personal del ciudadano- su repetición debe llevar a pensar a cómo el criterio se utiliza pensando en el criterio “seguridad nacional”, en la vertiente social y económica de dicha seguridad.
- Se desgranar derechos de forma desvincijada, pero no obstante resultan útiles puesto que se mencionan. Especialmente en el caso de derechos tan poco mencionados -y articulados- como los servicios públicos, que son calificados como elemento imprescindible para el desarrollo integral (art. 16). Lo que estimula una mayor concreción como derechos procurantes (o demaniales).
- Hay una nueva apelación al Sistema (art. 33), a través de como el desarrollo integral abarcará los campos de la sanidad, educación, laboral, ambiental, cultural, científico y [...] otros [...] Haciéndose una apelación articular al desarrollo integral y consolidación de la democracia (art. 34).

15. Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013)>>> C

16. Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013)>>> C

Las dos convenciones anteriores no resultan muy útiles por su redundancia y exhaustividad formalista, cuando la no discriminación o el principio de igualdad formal es una categoría que no debe tener concreciones porque es inapelable por sí misma.

Si acaso recoger la definición-núcleo (art. 1.1).

17. Declaración (resolución) sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género (2013)>>> C

- Una resolución que condena delitos ya vigentes en un sinnfín de numerales.
- Como dogmática son útiles cuatro cosas: a) La despenalización de todas las condiciones y expresiones de género; b) como de manera elíptica subyace el reconocimiento de otros géneros (sexos), más exactamente masculino, femenino o intersexual; c) de manera elíptica subyace el reconocimiento de otras condiciones sexuales: lesbiana, gay, transexual; d) de manera elíptica subyace el reconocimiento del derecho al cambio del sexo.
Subyace pero no se dicta con alguna generalidad y mucho menos con alguna concreción.

2.1.2. Universales

18. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)>>> G

- Exposición genérica de todas las categorías, salvo la de los derechos colectivos.
- Enumera escuetamente todos los derechos, incluso es más descriptivo en algún derecho social que los propios posteriores convenios, tal como el bloque de previsión.
- Su artículo 1 -y sus principios en general- sirven para poder ser extendidos y desarrollados de manera muy amplia y conectada.
- Sirve como referente legitimador por excelencia.

19. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965)>>> C

Actualmente redundante, y donde tendría utilidad la definición-descripción central.

20. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)>>> C-P

- Preámbulo con muchas posibilidades de desarrollo. Fundamentalmente por tres cosas:
 - El despliegue de principios y valores.
 - La alusión elíptica a la conexidad al mencionar también a los derechos económicos, sociales y culturales.
 - La mención de la efectividad.

- El articulado reporta pocas novedades respecto a lo mencionado en la Declaración.
- La tutela judicial efectiva y la tutela penitenciaria están bien desarrolladas e incluso sobredimensionadas respecto a otros derechos. Sin embargo los derechos políticos están reducidos a la mínima expresión.

21. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)>>> S

A) Características generales:

- Base mínima de principios.
- Apela al principio de progresividad hasta en 3 artículos: 2, 4, 5 y 11.
- Promueve la cláusula expansiva (art. 5).
- Enumeración amplia de derechos pero de laconismo extremo en el bloque de Previsión, mayor brevedad y austeridad que el de la propia Declaración Universal.
- No se mencionan siquiera los servicios públicos imprescindibles para el desarrollo ordinario de la vida social de los ciudadanos.

B) El aporte esencial del Pacto

- El Pacto Internacional como referente trascendental de progresividad en sus dos variantes. Conforme al artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, los Estados signatarios se obligan a comprometer “el máximo de los recursos de que dispongan” con el fin de alcanzar la “plena efectividad” de los derechos en él reconocidos. Como ya se ha dicho la progresividad implica una obligación de aumento paulatino -pero posible- en el nivel de satisfacción de los DESC (progresividad activa). Así el art. 2.1 PIDESC: “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”. También, en la misma lógica, la progresividad trae aparejada la idea de “progreso”, como mejora constante y estabilizada (no retrocesión) de los resultados en materia de derechos sociales (progresividad consolidada).
- Los derechos sociales esenciales bajo cláusula de inexcusable prioridad. Lo que es ya no mérito tanto del Pacto como del desarrollo e interpretación que el Comité y la doctrina han efectuado, de lo que se ha venido a denominar “obligaciones de

inexcusable cumplimiento” ya sea como formulación normativa o materialización de políticas públicas (a lo que se aludirá más adelante). Partiendo del supuesto de cómo los Estados partes asumieron desde su ratificación una serie de compromisos inmediatos ante la comunidad internacional y ante sus ciudadanos, respecto a la plena realización de los derechos sociales. Políticas sociales que no pueden ser sometidas a pretexto alguno relacionado con el nivel de recursos disponibles, sino obligadas, cualquiera que fuere la situación presupuestaria por la que atravesase el Estado correspondiente en función de la cláusula “prioridad”.

22. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas contra la Mujer (1979)>>> C

- Desarrollo redundante respecto al principio de discriminación.

23. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984)>>> C

- Desarrollo apropiado de cara a concretar un derecho muy indeterminado, sobremanera respecto al trato inhumano o degradante. No obstante la elaboración de toda una convención monográfica al respecto no se da la mínima exacta delimitación correspondiente a lo que es o supone un trato inhumano o degradante.

24. Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986)>>> CL

Como ya se dijo al comienzo es una Declaración esencial puesto que permite reivindicar un Sistema integral de Derechos Humanos. No sólo exigiendo de forma más intensa el cumplimiento imprescindible de los DESC, sino incluso poniendo las bases para poder introducir cierta incardinación de los Estados respecto a políticas públicas y políticas macroeconómicas.

- La suma del Preámbulo y de los artículos 1, 6 y 8 suponen el combo de todo el sistema de derechos humanos que mejor condensa la integralidad del sistema:
 - Derecho a un orden social internacional en el que se puedan realizar plenamente los derechos enunciados en la Declaración.
 - Reivindicación del desarrollo integral del ser humano, recordando los dos Pactos Internacionales de Derechos.
 - Relación de la Paz y la Seguridad con el cumplimiento integral de los derechos humanos.

- Mención de la soberanía nacional en conjunción con el tenor del Desarrollo.
- Asunción de la indivisibilidad de los derechos, urgiendo a la total equiparación de los DESC con los DCP en aplicación, promoción y protección (Preámbulo y 6).
- Acuñación del concepto “recursos liberados”, con motivo de la desinversión militar, que vendría a equivaler a “principio de prioridades”.
- Denuncia del actual orden establecido (statu quo) puesto que se aspira a promover un nuevo orden económico internacional.
- Inalienabilidad del derecho al desarrollo, en el sentido de cómo no puede ser neutralizado por ninguna hipoteca económico-política externa que devendría en ilegítima caso de haber sido materializada por cualesquiera gobierno (art. 1).
- Concepto soberanista integral de la libre determinación en cuanto a recursos y riquezas naturales (art. 1).
- Mención concreta del grueso de derechos sociales, a excepción de previsión, a vincular en el sistema (art. 8).
- Implicación del derecho a la participación en todas las esferas de lo público, como elemento político del desarrollo (art. 8).

25. Convención sobre los Derechos del Niño (1989)>>> C

- No es tema tópico porque la atención a los derechos civiles del niño es una asignatura pendiente. Y en este sentido la Convención es importante en cuanto a planteamiento de principios y valores.
- Sin embargo es un tema complejo y difícil para proyectar dichos principios y valores en medidas concretas.
 - El Preámbulo habla de objetivos tales como: felicidad, amor, comprensión, espíritu de paz, dignidad, tolerancia y “preparación de “una vida independiente en sociedad”.
 - Se preceptúa que el niño “esté en condiciones de formarse un juicio propio” (art. 12).
 - También se apela a su libertad de conciencia, pensamiento, religión (art. 14). No obstante está claro que la tutela omnisciente que pueden ejercer los padres respecto al hijo puede condicionar toda su formación en un sólo sentido y anular cualquier posibilidad de que pueda formarse juicio propio, violando radicalmente los arts. 12 y 14 y todo el espíritu del Preámbulo. Este es el punto neurálgico de atención.
En este sentido hay que recoger una de las garantías: la preceptuada para el Estado, que debe velar y garantizar todos los derechos anteriores y no sólo por evitar su castigo en función de su condición u opiniones.

- El texto -en cuanto a lo negativo- se maneja con algo de asistematicidad, redundancias e, incluso, errores gruesos en cuanto a apelar a la educación superior cuando se está hablando de “infancia”.

26. Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz (1999)

- Con antecedente en Declaración de los Pueblos a la Paz (1984), que es escueta, pobre y unidimensional.
- Con antecedente en Un Programa de Paz (1992), que es menos escueto pero excesivamente unidimensional.
 - Trabaja la Paz como sistema. Y establece parámetros y elementos en código de versatilidad y no de unidimensionalidad como tratamientos anteriores.
 - Cultura de Paz vinculada al respeto a la vida, desarrollo y protección del medio ambiente, derecho al desarrollo, igualdad de oportunidades, libertad de expresión y de opinión, principio de libertad, justicia, democracia, tolerancia, solidaridad (art. 1).
 - Progreso en Cultura de Paz vinculado a promoción de la democracia, pobreza, reducción de las desigualdades, desarrollo económico y social sostenible libre circulación de la Información, transparencia, rendición de cuentas, libre determinación de los pueblos (art. 3).
 - Apelando a un Programa de Acción que tenga como fin: erradicar la pobreza, reducir desigualdades económicas, problemática y alivio de la deuda, seguridad alimentaria, sostenibilidad medioambiental, libre determinación, participación democrática, corrupción, delincuencia organizada.

27. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)>>> CL

- Imprescindible para Latinoamérica en donde se halla la conciencia y la realidad indígena más acentuada.
- Heredera de los clásicos Convenios de la OIT en torno a la temática indígena (107, y sobremanera el 169).
- No obstante tanto la Constitución de Ecuador como la de Bolivia tiene un desarrollo muy semejante al de la Declaración, superadores también de los contenidos del Convenio 169.
 - Plantea todos los elementos esenciales del pluralismo jurídico indígena, haciendo un reconocimiento histórico respecto a agravios y reparación, con mención del colonialismo.

- A partir del derecho colectivo a la libre determinación (art. 3).
- Generosa y amplia en torno a reparación, indemnización, respeto étnico cultural, reconocimiento de la posesión terrenal y apoyo presupuestario (art. 28).
- Proceso de reconocimiento del autogobierno en función de leyes y costumbres propias (art. 27).
- Mantenimiento de esa institucionalidad y normatividad de conformidad al sistema de derechos humanos (art. 34).
- No avanza en cuatro cosas:
- Reconocimiento de la bi-nacionalidad (art. 6).
- Reconocimiento de área territorial concreta, de delimitación de planta comunitaria.
- Consulta y las competencias prescritas en las que la misma se hace preceptiva. Asimismo la delimitación de su carácter de vinculante y el espacio demográfico en que se dirimiría la consulta (art. 19).
- La delimitación de marcadores culturales de decodificación para adaptar a valores y principios del sistema internacional el contenido de sus derechos individuales (art. 34).

28. Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas (2008)>>> C

- Importante, puesto que es uno de los campos de apertura de los derechos civiles más novedosa e importante, en el bloque de derechos de personalidad.
No obstante es declaración muy limitada pues supone sólo un exhorto a la no-discriminación:
 - “Hacemos un llamado a todos los Estados y mecanismos internacionales relevantes de derechos humanos a que se comprometan con la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género (art. 10) [...] Urgimos a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias, en particular las legislativas o administrativas, para asegurar que la orientación sexual o identidad de género no puedan ser, bajo ninguna circunstancia, la base de sanciones penales, en particular ejecuciones, arrestos o detención (art. 11)”.
- Se echa en falta la incorporación del reconocimiento explícito de género (masculino, femenino, intersexual) y condición sexual (lesbiana, gay, transexual). Idéntica falla que la que afectaba a los textos americanos.

29. Resolución sobre Derecho al agua y al Saneamiento de Naciones Unidas (2010)>>> S

- Supone la incorporación (reconocimiento) solemne del Derecho al Agua y al Saneamiento como derecho al que relaciona y conecta con todos los demás derechos, comenzando con el Derecho al Desarrollo.
- Es un avance sobre la importancia -inédita en el sistema- de los derechos procurantes (o de procura), cobijados bajo la categoría de derechos públicos y que nunca han sido incorporados como tales derechos.

30. Conferencia sobre Desarrollo Sostenible (2012)>>> CL

- Cuyo producto es el anexo “El futuro queremos”. Es un balance temático de convenciones, conferencias, acuerdos y tratados medioambientales.
- Su índice temático es exhaustivo con tratamiento de todas las patologías medioambientales.

31. Convenciones inflacionarias (no susceptibles de utilidad como fuentes por repetitivas o sobre-dimensionadoras de determinados derechos)

- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados>>> C.
- Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)>>> C-P-S.
- Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas (1992)>>> C.
- Convención Internacional sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006)>>> C.
- Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (2006)>>> S.

2.1.3. Europeas

32. Consejo de Europa

- No aportan técnicamente nada nuevo respecto a lo acuñado a nivel universal y regional-americano. No obstante, su consideración como referentes legítima el desarrollo novedoso que se pueda hacer en el N C L.

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (1950) + 13 protocolos>>> G.
- Carta Social Europea (1961/1996)>>> S.
- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (1987)>>> C.
- Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias (1992)>>> C.

33. Unión Europea

- No sólo no aportan nada nuevo sino que sus textos primarios, escuetos y huidizos suponen un retroceso considerable en la historia de la dogmática.
- Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales (1989)>>> S.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000-2010)>>> G.

2.1.4. Africanas

34. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Pueblos (1981)>>> G

- Resulta interesante observar como su Preámbulo menciona el Derecho al Desarrollo a fecha de 1981, vinculándolo a la indivisibilidad de derechos, incluso argumentando como los derechos sociales son una garantía para el disfrute de civiles y políticos.
- Casi todo el resto del documento es un desglose clásico y un tanto adaptado a la idiosincrasia africana de las tres generaciones de derechos.
- La gran aportación del texto radica en el desarrollo-interpretación extensivo que hace del Derecho a la Autodeterminación, al hablar de disponer libremente de riquezas y recursos naturales en exclusivo interés del pueblo. Al hablar de caso posible de explotación, y al apelar a la eliminación de toda forma de explotación económica extranjera, “especialmente la practicada por los monopolios internacionales” (arts. 20, 21).

2.2. Constitucionalismo de tercera generación

- Con el concepto Constitucionalismo de tercera generación queremos apelar a aquellas Constituciones que superan la 2º generación constitucional, es decir los sistemas democrático-sociales, que adolecían y adolecen de débil constitucionalización tanto del espacio democrático como del espacio social. El constitucionalismo de 3º generación desarrolla en mayor medida

sus dogmáticas, introduciendo nuevos derechos, nuevos mecanismos de garantías y nueva división de la configuración cratológica del Estado.

- Podría decirse que una de las mejores fuentes es el articulado de la Constitución de Ecuador de 2008.

35. Extemporáneo

El texto (originario) de Portugal sí es un texto homologable con el constitucionalismo de 3° generación. Los otros dos exactamente no cumplen el constitucionalismo de tercera generación pero son textos simbólicos que anticiparon elementos presentes en la mencionada 3° generación.

- Constitución Francesa (1793).
- Constitución de Weimar (1919) / arts: 109-165.
- Constitución de Portugal (1976) / arts: 25-110.
- Constitución de Nicaragua (1981).

36. Latinoamericano

Enumeración un tanto retórica, porque si bien recoge todas aquellas Constituciones que innovaron categorías y conceptos, la mayoría de ellas está superada por las posteriores. En este sentido la Constitución de Ecuador 2008 aglutina y sintetiza las aportaciones de todos los anteriores textos a excepción del espacio económico-participativo del texto de Venezuela (1999) y del espacio de participación estructural micropolítico en su Proyecto de Reforma (2007).

- Constitución de Colombia (1991).
 - Constitución de Venezuela (1999, 2007).
 - Constitución de Ecuador (2008).
 - Constitución de Bolivia (2009).
- Es especial la presencia de la Constitución de Ecuador como fuente. Lo es por muchos motivos que tiene que ver con el carácter holista que le caracteriza: dogmática social extensa, principio participativo transversal, conformación orgánica compleja e independiente o sistemas públicos de intervención.
 - Aquí haremos referencia exactamente sólo a uno de esos potenciales como es el pliego de mecanismos de garantías para los derechos, ya que es uno de los recursos técnicos obviados por el constitucionalismo clásico y por el convencionalismo. Tutelas que pueden inspirar recursos semejantes en una

estructura procesal-garantista innovadora respecto al actual estado minimalista de cosas. Obviamente sus contenidos no son trasvasables a nivel convencional de manera directa, con la misma amplitud, pero no obstante representan vías de inspiración notables. Tutelas tales como: a) *Acción extraordinaria de protección* como clásica tutela constitucional, pero desjerarquizada y abierta a todos los derechos; b) *Acción de acceso a la información pública y Acción de habeas data*. Dos caras de la lógica de la información. Desarrollable es la lógica de la transparencia y el control como instrumentos de participación política y de defensa individual del ciudadano ante la tan hoy habitual acción espuria de los Estados en cualquiera de sus modalidades de proyección, investigación o conocimiento de datos personales de los ciudadanos; c) *Acción de protección*. La aportación principal pues es un conducto directo al corazón de las administraciones públicas. Un recurso respecto a cualquier política pública, incluyendo tanto actitudes activas como omisivas; d) *Acción por incumplimiento*. Una acción por omisión ejecutiva o administrativa del ordenamiento jurídico que afecte a derechos fundamentales. Entre dichas normas se incluyen sentencias o informes de organismos internacionales, lo que abre el campo garantista a la doctrina de todos aquellos organismos reguladores y de control de la normativa internacional.

2.3. Fuentes institucionales orgánicas

2.3.1. Latinoamericanas

37. OEA (Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos)- Grupos de trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas>>> CL

- Proyecto de 1999, con revisiones a fecha de 2012. Muy exhaustivo, hasta el punto que recoge cualquiera de las innovaciones y aportaciones que sobre el derecho colectivo indígena se haya podido hacer hasta el momento.

2.3.2. Universales

38. Comité de Derechos Humanos

- Selección de parte de las observaciones del mismo.
 - Observaciones Generales (1-34)>>> C-P.
 - Observación 8 (Libertad y Seguridad Personal, art. 9).

- Observación 12 (Derecho de Libre Determinación, art. 1).
- Observación 13 (Administración de Justicia, art. 6).
- Observación 14 (Derecho a la Vida, art. 6).
- Observación 16 (Derecho a la Intimidad, art. 17).
- Observación 17 (Derecho de la Infancia, art. 24).
- Observación 20 (Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, art. 7).
- Observación 22 (Libertad de Pensamiento, de Conciencia y de Religión, art. 18).
- Observación 25 (La participación en los asuntos públicos y el derecho al voto, art. 25).
- Observación 27 (Libertad de Circulación, art. 12).
- Observación 29 (Suspensión de obligaciones durante el Estado de Excepción, art. 4).
- Observación 32 (El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, art. 14).
- Observación 34 (Libertad de Opinión y Libertad de Expresión, art. 19).

39. Consejo de Derechos Humanos

- Informe del Representante Especial del Secretario General (2008) respecto a Derecho al Desarrollo. A resaltar como se señala la inevitable vocación de Sistema, integrador del resto de Derechos, apelando al papel de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.
- Grupos de Trabajo sobre Desarrollo Humano.

40. Secretario General (Informes)

- Un Programa de Desarrollo (1992). Relativo a Derecho al Desarrollo.

41. Comité DESC>>> Observaciones Generales (1-21)>>> S

- Trascendentales por lo que supusieron en la concreción de los DESC y en la consolidación de los principios de progresividad e indivisibilidad.
- Se valoran las siguientes Observaciones:
 - N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).
 - N° 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).
 - N° 5. Las personas con discapacidad.

- Nº 6. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.
- Nº 7. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos.
- Nº 8. Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Nº 9. La aplicación interna del Pacto.
- Nº 10. La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Nº 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14).
- Nº 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11).
- Nº 13. El derecho a la educación (artículo 13).
- Nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12).
- Nº 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- Nº 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3).
- Nº 17. El derecho de toda persona a 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 autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto).
- Nº 18. El derecho al trabajo (artículo 6).
- Nº 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9).
- Nº 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- Nº 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- De todas estas Observaciones son destacables las que teorizan sobre indivisibilidad de manera concreta. Sustanciales son las referencias en torno a la prohibición de regresividad en Observaciones Generales Nº. 12, 13, 14, 15, 16, 18 y 19 (respecto a derecho a una alimentación adecuada, educación, disfrute del más alto nivel posible de salud, agua, trabajo y seguridad social).
- En el caso de las Observaciones 1 y 3 la integralidad es leitmotiv permanente, apuntando los siguientes parámetros:
 - Todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto. Donde se recuerda que 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.
- Conlleva para los Estados el compromiso de avanzar lo más rápidamente posible para lograr la plena efectividad de los derechos sociales, de manera que resulta contrario a la lógica y naturaleza del Pacto que sean adoptadas, normas jurídicas, programas, planes o medidas administrativas que menoscaben el nivel de realización de los derechos alcanzados y disfrutados por los ciudadanos. Preceptuándose como cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone.
 - Exigencia para el caso excepcional de un retroceso puntual, de haber efectuado la más cuidadosa consideración de todas las alternativas posibles, y que la elegida sea la menos lesiva para los derechos involucrados; así como que se enmarque dentro de un contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone.

42. OIT>>> Convenios>>> S/P/CL

- Convenios de relevancia para profundizar en un desarrollo de los derechos sociales y colectivos.
 - Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.
 - Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima), 1952.
 - Convenio 103 sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952.
 - Convenio 117 sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962.
 - Convenio 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964.
 - Convenio 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967.
 - Convenio 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 Convenios del 131 al 140.
 - Convenio 131 sobre la fijación de salarios mínimos, 1970.
 - Convenio 132 sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970
 - Convenio 140 sobre la licencia pagada de estudios, 1974.
 - Convenio 146 sobre las vacaciones anuales pagadas (gente de mar), 1976.
 - Convenio 148 sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977.
 - Convenio 154 sobre la negociación colectiva, 1981.

- Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 Protocolo de 2002 del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981.
- Convenio 157 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982.
- Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982.
- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes (1989).
- Convenio 174 sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993.
- Convenio 175 sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994.
- Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999.
- Convenio 183 sobre la protección de la maternidad, 2000.
- Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006.

43. UNESCO>>> Convenciones, Recomendaciones y, fundamentalmente, Declaraciones>>> S-CL

- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005)
- Carta sobre la preservación del patrimonio digital (2003)
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997)
- Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras (1997)
- Declaración sobre los Principios Fundamentales relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional (1978)
- Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural (1976)
- Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacionales y la Educación relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1974)
- Proyecto transdisciplinario: hacia una Cultura Global de Paz (1995)

44. ACNUDDHH>>> Informe Mundial /Programas y actuaciones>>> G

- No es la institución muy dada a la elaboración de Informes con disquisiciones teóricas. No obstante es de interés el Informe de 2014 sobre la relación entre Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya que integra la problemática social en las vulneraciones de derechos más directamente civiles reforzando el paradigma de la indivisibilidad.

Constatando que siempre hay “cuestión social o económica en cualquier problemática de derechos civiles”.

45. UNCTAD>>> Informe sobre la aplicación de las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (1985-2013)>>> S (SP)

- Documento-síntesis de todas las anteriores propuestas y conclusiones sobre derecho del consumo, que a su vez es material para una reflexión y construcción de los derechos procurantes.
- A pesar del lugar que ocupa en este Informe es un documento muy importante porque no hay documentos, ni normas que se ocupen de lo que hemos venido a denominar derechos procurantes, es decir todos aquellos derechos relativos a los servicios públicos. Solamente, y desde hace poco tiempo, es el derecho al agua el que requiere una atención especial. El resto de servicios públicos tanto en su variante de energía como de comunicaciones no han merecido el más mínimo tratamiento para su protección.
- Llevan años tamizándose tras los derechos del consumidor, en decenas de reuniones propiciadas por la UNCTAD, que han producido miles de normativas referentes a derechos secundarios tanto a nivel universal como regional como nacional. Y si no sùmense las decenas de normas europeas relativas a consumo. Sin embargo hay una relación inversamente proporcional entre las miles de normas de consumo referentes a servicios públicos y el acceso ordinario, asequible y digno a dichos servicios públicos.
- El Informe que aquí se recoge como fuente está facturado en sede UNCTAD pero, no obstante, puede suponer una especie de índice temático que proporciona insumos para una diagnosis, categorización y elevación de propuesta (aunque sea por omisión) sobre los mencionados derechos procurantes.

2.4. Fuentes no institucionales, organizaciones ius-humanistas & experticias

- Generalmente aportan agregados estadísticos y análisis de coyuntura. No obstante alguna de ellas si hacen diagnosis sobre contenidos y alternativas de contenidos.

46. Organizaciones relativas al monitoreo y análisis de los Derechos Civiles y Políticos

- Amnesty International / Human Rights Watch / Human Rights First / R. Kennedy Center for Justice and Human Rights

47. Organizaciones relativas al monitoreo integral de los derechos humanos, y que reparan de forma notable en los DESC y Derechos Colectivos

- CESR / COHRE / ESCR-NET / FIAN / FIDH / ICJ / INTERRIGHTS / IDA / IOM / ITUC / OMCT / Social Watch / CETIM / IEPALA / NIZKOR / FIDH

48. Referentes de ámbitos de experticia y/o especialistas

- Principios de Limburgo (*Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1986) por su legitimidad ético-jurídica, al ser el primer cónclave reconocido de especialistas y técnicos al respecto.
- Directrices de Maastrich (*Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1997). Con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Dicha reunión tuvo como objetivo ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los DESC. Los participantes acordaron unánimemente una serie de directrices bajo lógica jurídica y política respecto a los mínimos de funcionamiento, y respecto a la abstención en la toma de medidas normativas por parte de los Estados que se señalan como incompatibles con el Pacto.
- Declaración de Quito (*Declaración de principios sobre la exigibilidad y realización de los DESC en América Latina*, 1998). En el ámbito Latinoamericano -y un año después de Maastrich- se elaboró un documento con 81 delineamientos o presupuestos, en la línea de Limburgo y de Maastrich, adaptados al ámbito geo-social americano. Fue suscrito por las principales ONGs especializadas en DESC, no sólo latinoamericanas sino también europeas e incluso norteamericanas.

- Formulaciones clásicas, a título de ejemplo, H. Shue (1980) o Ch. Sampford (1986) a las más citadas de F. van Hoof (*Legal nature of economic, social and cultural rights*, 1984) o en calidad de relator especial, A. Eide “Realisation of economic and social rights; the minimum threshold approach” en *The Review of ICJ*, n° 43, 1989). Resulta sugestiva la aportación de R. Uprimny (“Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”, en *Justicia Constitucional y política económica, Revista de Derecho Público*, n° 12, 2001).
- Como compilación la obra *Derechos sociales. Instrucciones de uso* (Doctrina jurídica contemporánea, México, 2003), recoge la mejor compilación de especialistas a este respecto; entre otros, L. Ferrajoli, V. Abramovich, M. Añón, C. Courtis, G. Pisarello.

2.5. Propuestas “ex novo”

- Propuestas inéditas sobre los campos que se mencionan a continuación, de las que participa este grupo de trabajo, y que no se reflejan en ninguna de las anteriores fuentes:
 - Derechos de la personalidad.
 - Concreción del Derecho a la Personalidad Jurídica, en lo relativo a identidad.
 - Desarrollo del concepto de “libre desarrollo de la personalidad”.
 - Derechos de participación política.
 - Información, Control, Transparencia.
 - Elección de altas instituciones y organismos del Estado.
 - Mecanismos referendarios.
 - Mecanismos revocatorios.
 - Conformación estructural micropolítica o participación concejil-comunitaria.
 - Comunicación (en relación al principio de igualdad y de pluralismo).
 - Vivienda.
 - Derechos procurantes.
 - Energéticos: agua, electricidad, gas, combustible.
 - Telecomunicaciones.
 - Derecho a la Comunicación (en relación al aprovisionamiento social del mismo).
 - Derecho al Desarrollo (concretables en deberes de distintos actores económicos).
 - Coordinadas y límites a los agentes económicos.
 - Derecho a la paz.
 - Ius ante bellum.
- Concreción de derechos sociales con base a cláusulas de intangibilidad de espacios normativo-administrativos relativos a una gran parte del cuadro de derechos sociales.

CAPÍTULO III

Justificación de la Parte I de la Nueva
Propuesta de Convención: Deberes,
obligaciones e interpretación

III. JUSTIFICACIÓN DE LA PARTE I DE LA NUEVA PROPUESTA DE CONVENCIÓN: DEBERES, OBLIGACIONES E INTERPRETACIÓN

1. Deberes y obligaciones

La referencia a los deberes con carácter previo a la enunciación de los derechos se justifica: a) desde un punto de vista conceptual, para poner de manifiesto que los derechos no son sólo la enunciación de un estatuto subjetivo, sino que son normas que surgen y se desarrollan en un contexto de convivencia social que pretenden regular. Regular la vida social implica hacer expresa la contrapartida de los derechos, que son los deberes; b) desde un punto de vista técnico, porque el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha venido poniendo de manifiesto la concepción de los derechos como un mero haz de facultades subjetivas reconocidas al titular, toda vez que sin la existencia de los elementos objetivos (instituciones adecuadas para su defensa y realización; procedimientos accesibles para la denuncia de su violación; mecanismos idóneos para la reparación) los derechos subjetivos carecen de eficacia; pero también, sin la existencia de una conciencia social extendida acerca de la obligatoriedad de los derechos, y por tanto de los deberes que todas y cada una de las personas privadas tienen para con los derechos de los demás en concreto, y para con la promoción y divulgación de su defensa, en general, las obligaciones del estado a la hora de asegurar la eficacia de los derechos se ven ciertamente comprometidas. De ahí que el apartado 1 del Artículo traslada lo establecido en el art. 18.1 de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, como marco general de referencia mejor que el expresado en el art. 32.1 de la *Convención* actual, mientras que el apartado 2 recoge distintos deberes reconocidos en diversos artículos 9.3. a), 12.1 y 16 de la misma *Declaración*. Por último, el apartado 3, recoge lo ya establecido en el art. 32.2 de la *Convención* actual.

2. Obligaciones de los Estados

Las obligaciones de los Estados se recogen en dos artículos, rotulados respectivamente como *Obligaciones Generales* y *Obligaciones Específicas*. Las Obligaciones Generales recogen el marco general de referencia del tipo de obligaciones a las que se comprometen los Estados parte y que son exigibles respecto a la totalidad de

los derechos reconocidos en la Convención, de conformidad con el esquema conceptual y operativo desarrollado por el Comité DESC en su Observación General N° 3, sobre la índole de las obligaciones de los Estados (párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC), completada por la Observación General N° 31 del Comité de los derechos Humanos, sobre **la índole de la obligación jurídica general impuesta**⁶⁹.

A ello se añade la obligación de reparación integral, contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art.6), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 14), la Convención sobre los Derechos del Niño (art.39), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 9), Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (art. 24). El derecho internacional humanitario también recoge la obligación de indemnizar (Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra – art. 91) y el derecho penal internacional lo hace a través de los mecanismos previstos en el artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La obligación de reparar cabe entenderla también como una norma consuetudinaria que se traduce en la práctica generalmente aceptada por los Estados de reparar bajo la convicción de que lo hacen en cumplimiento de una norma imperativa de derecho⁷⁰.

En el ámbito regional, el artículo 63.1 de la actual Convención impone a los Estados la obligación de reparar 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”.

La redacción propuesta pretende dar un contenido más amplio a la reparación, calificándola como “integral” y extendiéndola más allá de la indemnización económica, al ámbito del derecho a la verdad, de la reparación simbólica y de las garantías de no repetición. Ello es coherente con el desarrollo del DIDH, particularmente con los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados por Resolución 60/147, de la Asamblea General de

69 Vid. Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Quinto Período de Sesiones (1990). E/1991/23 (1990); Comité de los Derechos Humanos. 80° Período de Sesiones (2004). **HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004)**.

70 Art. 38,1b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

Naciones Unidas de 16 de diciembre de 2005. Se ha venido señalando que el derecho a la reparación tiene una doble dimensión, una sustantiva que consiste en la reparación del daño sufrido a través de la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición; y otra dimensión procesal como medio que posibilita la reparación. Este última obligación forma parte de la obligación general de proporcionar recursos internos efectivos⁷¹. Pero también lo es con la línea desarrollada por la Corte Interamericana⁷².

- 71 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2008) “Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto Programa de reparaciones”, (HR/PUB/08/1), p. 6. Vid también Centro Internacional para la Justicia Transicional (2013), “Las Reparaciones en la Teoría y en la Práctica”. Disponible en: <http://ictj.org/es/publications>.
- 72 Como parte de las medidas integradas dentro de la reparación, la Corte ha ordenado, entre otras cosas, la libertad de una persona condenada por tribunales nacionales (caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia de fondo, 17 de noviembre de 1997, punto 5 de la parte resolutive y § 84), la anulación de una sentencia firme condenatoria y la realización de un nuevo juicio (caso *Castillo Petrucci contra Perú*, sentencia de fondo y reparaciones, 30 de julio de 1999, punto 13 de la parte resolutive), la reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada en aplicación de una ley de amnistía tras haber sostenido la invalidez de esa ley y su incompatibilidad con la Convención Americana, así como la imposibilidad de alegar, en dichos procesos, la prescripción de la acción u otras causales eximentes de responsabilidad penal (caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, puntos 3-5 de la parte resolutive y § 41-44); la anulación de una sentencia firme condenatoria fundada en una ley que no respetaba el debido proceso y la eliminación de los antecedentes penales (caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 3 de diciembre de 2001, puntos 4 y 5 de la parte resolutive y § 77 y 78), la modificación de una sentencia de un tribunal supremo nacional que había impuesto el pago de multa y costas procesales (caso *Cantos contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, puntos 1-4 de la parte resolutive), la continuación de la investigación de un delito a pesar de haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción previsto en la ley nacional (caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, punto 4 de la parte resolutive), la anulación de varias sentencias condenatorias dictadas por tribunales militares (caso *Palamara Iribarne contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2005, punto 12 de la parte resolutive y § 253); la reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada en aplicación de una ley amnistía, tras haber sostenido la invalidez de esa ley y su incompatibilidad con la Convención Americana, así como la imposibilidad de alegar, en dichos procesos, la prescripción de la acción, la irretroactividad de la ley penal o la regla *ne bis in idem* (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, puntos 5 y 6 de la parte resolutive y § 145-157, especialmente 147 y 151), la anulación de una sentencia que condenaba a pena de prisión y al pago de una indemnización y la supresión de los antecedentes penales (caso *Kimel contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, puntos 7 y 8 de la parte resolutive y § 121-123), la reintegración en sus cargos a jueces destituidos por un tribunal nacional (caso *Apitz Barbera y otros contra Venezuela*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de agosto de 2008, punto 17 de la parte resolutive y § 246); implementar y desarrollar, en el plazo de cinco años, en ciertas comunidades afectadas por una masacre, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región, los siguientes programas: a) estudio y difusión de la cultura maya achí a través

Respecto a las *obligaciones específicas*, la contenida en la letra a) es la misma que ya se contenía en el art. 2 de la actual *Convención*, si bien se utiliza la expresión “proteger, promover y hacer efectivos” (art. 2.1 *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*) como resumen de las obligaciones generales de los Estados respecto a los derechos humanos.

La obligación contenida en la letra b) es la traslación a la Convención de una obligación que ha venido siendo señalada por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana⁷³ y que, por lo demás, se desprende de la obligación general de “respetar” los derechos humanos por parte de los Estados.

La obligación contenida en la letra c) es un desarrollo del derecho a un recurso efectivo interno para la protección de los derechos humanos, señalado en el art. 25.1 de la vigente *Convención*, si bien desarrollado conforme a las

de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las comunidades afectadas y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas (caso *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas, 19 de noviembre de 2004, punto 9 de la parte resolutive y § 109-111).

73 La Corte Interamericana ordenó la modificación de los delitos de terrorismo y traición a la patria (caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 27 de noviembre de 1998, punto 5 de la parte resolutive); la derogación de leyes penales y procesales de emergencia incompatibles con la Convención (caso *Castillo Petruzzzi contra Perú*, sentencia de fondo y reparaciones, 30 de julio de 1999, punto 14 de la parte resolutive y § 204-208); la adopción de medidas legislativas y de cualquier otra índole necesarias para adecuar de manera general el ordenamiento jurídico a las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario (caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas, 22 de febrero de 2002, punto 4 de la parte resolutive); la derogación del delito de desacato y la reforma de las leyes que regulan la competencia de los tribunales militares y el proceso ante dichos tribunales de acuerdo con las pautas establecidas en la sentencia (caso *Palamara Iribarne contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2005, puntos 13, 14 y 15 de la parte resolutive y § 79-93, 120-144, 162-189 y 254-257); la adecuación de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas a los estándares de la Convención Interamericana contra la Tortura y la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas (caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de septiembre de 2006, punto 12 de la parte resolutive y § 91-93 y 179); la modificación de una ley que imponía el deber de pagar una tasa, en concepto de depósito, a personas desvinculadas del proceso cuyos bienes habían sido incautados y mantenidos en depósito judicial con base en una medida cautelar durante el procedimiento (caso *Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez contra Ecuador*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2007, punto 11 de la parte resolutive y § 192-195 y 266-269); la aprobación de un Código de Ética Judicial con determinado contenido (caso *Apítz Barbera y otros contra Venezuela*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de agosto de 2008, punto 19 de la parte resolutive y § 253).

características del recurso establecidas en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

La letra d) desarrolla la obligación de cumplimiento de sentencias del art. 25.2.c) de la actual *Convención* y le añade el de otras resoluciones destinadas a la protección y garantía de los derechos humanos, tanto del nivel interno, como internacional.

La obligación de presentación de informes de la letra e) se enmarca dentro del principio de colaboración leal de los Estados entre sí y con el sistema de protección de los derechos. La cooperación leal es un principio básico de las relaciones internacionales que ha sido positivizado en los arts. 4 (entre los Estados miembros de la UE) y 13 (entre los Estados y las Instituciones comunitarias) del Tratado de la Unión Europea. Implica todo un conjunto de obligaciones positivas y negativas destinadas a que los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado y no hacer nada que pueda perjudicar el buen funcionamiento de la Unión Europea. Dentro del sistema regional de protección de los derechos humanos, la colaboración leal supone el reconocimiento de una obligación general de los Estados de facilitar el desempeño de las funciones del sistema, pero también una garantía para los Estados de que el sistema no irá más allá del objetivo que justifica sus funciones, utilizándolas como un instrumento de descrédito y desestabilización de gobiernos democráticos y respetuosos de los derechos humanos.

Por último, la obligación contenida en la letra f) se dirige a implementar en los Estados un enfoque basado en derechos humanos mediante indicadores de cumplimiento objetivos basados en los estándares establecidos en el DIDH, al tiempo que se obliga a la transparencia en la información, no sólo respecto a las instituciones de protección del sistema internacional, sino también respecto a los actores y organizaciones sociales, cumpliendo así el papel de fortalecimiento de los derechos humanos que les otorgan las nuevas tendencias en la materia, recogidas en la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*. Como se indica en la *Guía para la medición y la aplicación de los Indicadores de derechos humanos* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, los indicadores no sirven para evaluar de forma global el desempeño de los gobiernos, sino para proporcionar información

precisa y pertinente sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales⁷⁴.

3. Deberes de los ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte

No es hasta las últimas décadas que empiezan a aparecer en las Constituciones de algunos Estados normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a los particulares de los derechos. Hasta este momento, los derechos sólo podían ejercerse ante los tribunales en casos de vulneración de estos por parte de los poderes públicos, pero no de los particulares.

El cimiento histórico-doctrinal que explica esto lo encontramos en la concepción liberal temprana de separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de los términos del binomio, un estatuto jurídico diferente. De forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad⁷⁵.

Asentada la legislación privada en la trílogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de estos tres principios, como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre. Con razón iusprivatistas notables como Thieme o Wieacker, han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el código civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado. En efecto, se partía de que los individuos ocupan una posición de libertad e igualdad natural por lo que sus relaciones sociales, presididas por la autonomía privada, debían ser ajenas a la regulación jurídico-pública que conllevaría la eficacia de los derechos fundamentales con el fin de evitar la quiebra de esta paridad consustancial a la sociedad. Se planteó de este modo

74 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, cit., p. 2.

75 P. Vega García. “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)”. En M. Carbonell (coord.). *Derechos Fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, UNAM, 2002, p. 693.

la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiéndolo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos⁷⁶.

Esta concepción no tiene ningún sentido. La existencia en el seno de la sociedad de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su dominio con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, es evidente e indiscutible. Como señaló la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso “Kot” de 1958 (Fallos: 241:291, de 5 de septiembre de 1958):

Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan del Estado solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales.

Como acabamos de decir, constituciones como la de Ecuador reconoce, en su art. 88, la posibilidad de interponer la acción de protección de derechos tanto contra actos u omisiones de autoridades públicas como de terceros privados.

Si el reconocimiento de la *Drittwirkung* es algo cada vez más aceptado en el constitucionalismo nacional debe empezar a serlo también en el constitucionalismo internacional.

Precisamente por ello, se plantea como una necesidad el hecho de ampliar la legitimación pasiva ante la Corte de Derechos Humanos más allá de los Estados, reconociendo la posibilidad de que ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte puedan ser también denunciadas por vulneración de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

Ello implica novedades importantes respecto al actual SIDH, sobretodo, en la parte orgánica y procesal donde hay que reconocer explícitamente la legitimidad pasiva de los privados ante la Corte, construyendo una teoría jurídica de la responsabilidad jurídica de los privados en el marco del derechos internacional público y salvando el problema de la falta de personalidad jurídica internacional de las empresas, por ejemplo. Todo esto lo trataremos en la revisión de la parte orgánica y procesal, pero en coherencia y concordancia con

76 Ibid.

ello es necesario introducir en esta primera parte, cuando se habla de los sujetos obligados por la Convención, que no sólo los Estados miembros lo están, sino también todos aquellos ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte que haya ratificado la competencia contenciosa de la Corte y la obligatoriedad de sus sentencias.

4. Interpretación y aplicación: indivisibilidad, progresividad, prohibición de regresividad, cláusula abierta en el reconocimiento de derechos y universalidad de los derechos

En este apartado se reconocen algunos de los principios de interpretación y aplicación de los derechos reconocidos, durante las últimas décadas, en los tratados internacionales de derechos humanos y en las constituciones más recientes, y que sin duda, contribuyen enormemente a otorgar a carácter más garantista en la protección de los derechos, especialmente de aquellos derechos históricamente más débiles en protección jurídica, como son los derechos sociales.

a) Principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos

La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos ha sido establecida, entre otros muchos textos, resoluciones y declaraciones:

- En los Preámbulos de los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“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”);
- En la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986 (art. 6.2: “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”; art. 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”);

- En el párrafo 5 de la Declaración y Programa de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 (“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”).

El carácter indivisible e interdependiente de los derechos afirma, en lo substantivo, que existe un único soporte moral de la totalidad de los derechos, la dignidad humana, que no es susceptible de fragmentación o de jerarquización en sus manifestaciones, por lo que siempre resulta lesionada cuando se produce la violación o el desconocimiento de un derecho humano; y, en lo técnico formal, que los singulares enunciados de *los derechos* no son sino la definición de ámbitos y elementos concretos de lesividad de la dignidad humana (traducidos jurídicamente como facultades, obligaciones negativas y obligaciones positivas), y no un sistema jerarquizado de valores, de suerte que todas las garantías atañen a todos los derechos y a todos los ámbitos y elementos concretos de definición de lesividad de la dignidad humana.

La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos significa:

Desde el punto de vista de las relaciones entre los derechos que estos son complementarios e inseparables y rechaza cualquier jerarquización entre los diferentes tipos de derechos o la exclusión de alguno de ellos. Todos los derechos humanos, sean éstos derechos civiles y políticos, como derechos económicos, sociales y culturales, o derechos colectivos (derechos al desarrollo y la libre determinación), son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás, es decir que la realización de cada derecho depende del cumplimiento de los demás. Así, el derecho de voto requiere, como corolario, el derecho a la educación, la libertad de expresión, la libertad de opinión, etc. Los Estados no pueden elegir respetar unos derechos pero no otros. Los derechos son indisolubles, es decir que no hay que introducir diferencias o distinciones de trato entre los diferentes tipos de derechos. Todos los derechos tienen el mismo estatus. No cabe la posibilidad de dividirlos en categorías que prioricen unos sobre otros, ya que todos son igualmente importantes. No obstante, puede haber unos derechos cuya consecución sea más lenta, es por eso que se establece la posibilidad de su realización progresiva por parte de los Estados.

- *Desde el punto de vista interno a cada derecho reconocido*, la indivisibilidad e interdependencia también afecta a todos los aspectos o dimensiones de un

derecho (como se afirma en el art. 9.1 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo), por lo que realmente no hay derechos de libertad, derechos de prestación y derechos políticos, sino que todos los derechos tienen una dimensión prestacional (en el sentido de que respecto a todos ellos existe la obligación del Estado de poner los medios que mejoren la eficacia, o que respecto de todos ellos está obligado a poner procedimientos idóneos y eficaces de garantía), una dimensión de libertad (en el sentido de que las personas pueden elegir los medios de acceso a la prestación de un bien protegido por un derecho) y una dimensión política (en el sentido de que las personas deben participar en la realización de los derechos humanos, como se afirma en el Preámbulo de la Declaración y Programa de Viena⁷⁷).

b) Prohibición de regresividad de los derechos

Las normas recogidas en esta disposición están dirigidas a evitar la interpretación y aplicación restrictiva de la Convención, así como para evitar que la Convención pueda servir para restringir aquel goce y disfrute más garantista de los derechos que pueda reconocerse en las legislaciones nacionales. En términos generales reproduce las cláusulas reiteradas tanto en la actual *Convención* como en otros instrumentos obligatorios de derechos humanos. Sus novedades son:

La letra b) del apartado 1, que extiende la prohibición a los actos de los particulares o grupos sociales, en línea con lo establecido por el art. 12.3 y 19 de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*.

Incluir en la letra d) no sólo los reconocimientos más favorables, sino también las interpretaciones más favorables de los derechos humanos. Ello se asienta: en la concepción del DIDH como un sistema y no como una yuxtaposición de compartimentos estancos; en el hecho de que la mayor parte de los derechos están reconocidos en distintos instrumentos internacionales, por lo que el trabajo de los organismos de uno u otro ámbito de protección debe redundar en beneficio del sistema en su conjunto; y en la línea que ha sido establecida en las nuevas

77 Sobre el principio de indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos, ver: A. Noguera, “¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? “El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, *Derechos y Libertades*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III. No. 21. Madrid. Junio 2009. pp. 117-147.

Constituciones latinoamericanas, que abren sus ordenamientos constitucionales a la progresividad de los sistemas internacionales de protección, por lo que resulta coherente abrir también el propio sistema regional de protección.

Las letras e) y f) pretenden prohibir interpretaciones contrarias al espíritu de la Convención: la letra e) evita que por vía interpretativa se puedan recuperar concepciones compartimentadas de los derechos humanos, contrarias al carácter indivisible e interdependiente declarado en el artículo de apertura, tendentes a dar mayor relevancia a una u otra dimensión respecto a ciertos derechos humanos; mientras que la letra f) evita interpretaciones de la igualdad atentatorias contra la garantía del pluralismo social y la diversidad cultural que la Convención pretende establecer.

El apartado 2 recoge la clásica interpretación *pro homine* de los derechos humanos, si bien de forma coherente con lo declarado en el apartado 1.d), mientras que el apartado 3 establece la clásica también interpretación literal de la Convención a la hora de considerar restricciones legítimas de los derechos humanos, si bien añade el requisito de la necesidad “para la defensa del interés general en una sociedad democrática avanzada”, tomado del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y la obligatoriedad de su sometimiento a un juicio de proporcionalidad (idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto).

El artículo dedicado a la suspensión de la Convención recoge también el punto de vista clásico de reducirlo a los casos de estados excepcionales, con limitación temporal, material y procedimental, aunque hace algunas precisiones respecto a ciertos requisitos de carácter procesal.

c) El principio de cláusula abierta en el reconocimiento de derechos

Estrechamente vinculado con el tema de la indivisibilidad e interrelación de los derechos, está el tema de la cláusula abierta en el reconocimiento de derechos. Proponemos incluir explícitamente en el texto un artículo que señale que: “Los derechos que proclama esta Convención no serán entendidos como negación de otros derechos humanos no enunciados inherentes a la dignidad de la persona, los cuales podrán ser alegados y deberán ser protegidos por la Corte de Derechos Humanos”.

El concepto de dignidad humana el cual aparece en el fundamento de los derechos humanos no es un concepto absoluto o supra-histórico, por tanto, los derechos humanos tampoco lo son. Estos deben ser comprendidos, en definitiva, como respuestas históricas a problemas de convivencia, a conflictos y luchas sociales concretas o a diferentes carencias o necesidad humanas, las cuales aparecen también como históricas, relativas,

instrumentales y socialmente condicionadas⁷⁸. Dicho en otras palabras, no podemos afirmar que existan derechos naturales, porque éstos son siempre adquiridos mediante diferentes procesos históricos y luchas sociales⁷⁹.

La prueba inequívoca de la historicidad de los derechos humanos está en la evolución, la transformación y la aparición constante de nuevos derechos a lo largo de la historia. Durante las últimas décadas han aparecido nuevos derechos que eran impensables décadas atrás, pero además, se trata de un proceso no acabado sino abierto en su evolución a la aparición de nuevos derechos, reivindicados por nuevos y alternativos movimientos sociales urbanos, vecinales, ecologistas, indígenas, campesinos, feministas, etc., no reconocidos todavía por el derecho oficial. Se trataría de los denominados por A. Podgórecki como “*crippled Human Rights*” que, a diferencia de los “*complete Human Rights*”, son meramente verbales, existen en el nivel de las demandas intuitivas pero todavía son ignorados por los aparatos legales oficiales⁸⁰. Por tanto, a diferencia de la concepción iusnaturalista o “estática” de los derechos, la cual se caracteriza por su falta de capacidad para asumir la historicidad de los derechos y su génesis en la realidad social, con lo que la evolución, la ampliación y la especificación de los mismos tanto en lo referente a sus contenidos como a sus titulares, no es posible⁸¹, la propuesta de articulado de la Convención que aquí proponemos parte de una concepción dinámica de los derechos, reconociendo la posibilidad de que los Estados o los ciudadanos, individual o colectivamente, puedan alegar ante la Corte la protección de nuevos derechos que aunque no estén reconocidos explícitamente en la Convención se pueda considerar que son inherentes a la dignidad humana de la persona, estableciendo así un carácter garantista de este sistema internacional de protección de derechos que va mucho más allá de los derechos establecidos implícitamente en la Convención.

78 M. J. Añón. “Fundamentos de los derechos y las necesidades básicas”. En J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 100-115.

79 M. J. Fariñas Dulce, *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica-jurídica a la actitud postmoderna*, Madrid, Dyckinson, 2006, pp. 5-8.

80 A. Podgórecki. “Towards a sociology of Human Rights”, en V. Ferrari (ed.), *Law and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for ninth century of the University of Bologna*, Milán, Giuffré, 1991, p. 421.

81 Sobre ello, ver. A. Noguera, “Derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: indivisibilidad de las obligaciones y justicia equitativa”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, IUSTEL, No. 9, 2011, pp. 17-18.

d) El principio de universalidad de los derechos

El principio de universalidad de los derechos establece que aquel criterio que determina el acceso de una persona a los derechos es su condición de ser humano. En tanto los derechos tienen su fundamento en la noción de dignidad humana, este parece un criterio lógico. Sin embargo, a lo largo de la historia, el acceso a los derechos ha venido determinado por otros criterios, entre ellos: la edad, el sexo, las propiedades que se poseían, etc. Durante el siglo XIX ni las mujeres ni los pobres no podían acceder a muchos derechos. Todos estos criterios han sido superados y sustituidos en el siglo XX por otro, muy presente todavía hoy: la ciudadanía o nacionalidad.

A partir de la noción de “ciudadanía” introducida por Thomas H. Marshall, en su ensayo *Ciudadanía y clase social* (1950), como status al que se asocian *ex lege* los derechos, muchos de los procesos de constitucionalización de derechos, especialmente del siglo XX, incurrieron en lo que podemos denominar una “ciudadanización de los derechos”, al incorporar gran parte de los derechos dentro del ámbito de influencia de un modelo de ciudadanía que vacía de contenido la noción de atribución universal de personalidad como título de atribución y otorga estos sólo a aquellos que poseen la “ciudadanía” del país en cuestión. Tenemos ejemplos recientes de ello en el ámbito europeo con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de 7 de diciembre de 2000, incorporada en el Tratado de Lisboa de 2007 y que restringe, en sus artículos 15.2 y 45, la titularidad de los que podemos considerar derechos claves de la ciudadanía europea: las libertades de circulación, residencia y trabajo, a los ciudadanos europeos, hecho con el cual no se busca sino impedir el establecimiento en territorio europeo de los inmigrantes pobres. O en el ámbito español con la recién aprobación, entre otros, del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de *medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud*, que, en su primer artículo, excluye de la posibilidad de recibir asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a los extranjeros en situación de irregularidad administrativa u otras personas no aseguradas.

Con el objetivo de superar este criterio y volver a conectar el acceso a los Derechos Humanos a la condición de persona o ser humano es que se propone la adición de un artículo donde se reconozca expresamente el principio de universalidad de los derechos. Este es un principio reconocido en algunas de las Constituciones latinoamericanas recientes, como por ejemplo en el art. 10 de la Constitución ecuatoriana de 2008 o en el art. 14.I de la Constitución boliviana de 2009.

e) El principio de progresividad y medidas para condicionar la actuación de los Poderes de los Estados miembros

Otro de los artículos que se propone añadir al texto es el que establece: “*Los Estados parte de la presente Convención se comprometen a adoptar todas las medidas que estén a su alcance, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena eficacia, sin excepción, de todos los derechos aquí reconocidos*”. La adición de este artículo tiene dos consecuencias importantes⁸²:

- i) Una primera es que introduce el principio de progresividad de los derechos y explica en que consiste éste para evitar malentendidos frecuentes. La noción de progresividad aparece tanto en el art. 2.1 del PIDESC, así como en el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En los informes nacionales previstos por el Protocolo de San Salvador, semejantes a los establecidos por el sistema mundial, los Estados deben dar cuenta de las medidas progresivas adoptadas “para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo protocolo”. El art. 5.1 de estas normas define la noción de progresividad del siguiente modo: “*a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un Derecho Económico, Social y Cultural*”. Para ello, el art. 5.2 requiere el empleo de “indicadores de progreso”, que aluden, por un lado “al nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad”, y por el otro lado, al aspecto normativo, es decir, a la recepción constitucional y el desarrollo legal de estos derechos. No obstante, como decía, el concepto de “realización progresiva” ha sido, muchas veces, malinterpretado. En su Comentario General No. 3 (1990) sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados en base al artículo 2.1 del PIDESC, el Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puso de manifiesto que si bien la “realización progresiva” implica reconocer que la plena realización de los derechos sociales no se hará en seguida, este concepto debe ser visto a la luz de su objetivo general, que es establecer claras obligaciones a los Estados parte para que actúen lo más rápidamente posible en la realización de estos derechos. Esto se puede entender más fácilmente si miramos el Convenio de los Derechos de la Niñez, el cual incluye muchos derechos sociales y sus

82 A. Noguera. *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Valencia, Blanch, 2010, pp. 126-127.

correspondientes obligaciones para los Estados, pero sin embargo no contiene la cláusula de “realización progresiva”. En el marco de este convenio las obligaciones para los Estados son inmediatas, la cláusula que incorpora, sin embargo, es la de “dentro de sus posibilidades” o “hasta el máximo de recursos de que disponga” (art. 4 de la Convención). Esto demuestra que lo que hace especiales a los derechos sociales es sólo la cuestión del acceso a los recursos cuando estos son necesarios, pero no las obligaciones para el Estado, que son tan “inmediatas” como lo son para el caso de los derechos civiles y políticos⁸³. Para evitar estos malentendidos es que se propone explicitar el contenido de este principio en el propio redactado del artículo.

ii) Una segunda consecuencia es que condiciona la actuación de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de los Estados miembros para lograr un cumplimiento de los derechos. Esto opera, principalmente, en aquellos Estados cuya Constitución reconoce la aplicabilidad directa de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Al introducirse el artículo que aquí proponemos, es evidente que la aplicabilidad directa de estos tratados no tiene como único objetivo servir de complemento a la parte dogmática de las Constituciones sino que implica también condicionar el ejercicio de todo el poder público⁸⁴, principalmente, en dos aspectos:

- Uno, en el aspecto de establecer obligaciones a los poderes ejecutivo y legislativo nacional que se ven obligados a adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva para hacer efectivos, al menos el contenido esencial, de los derechos reconocidos en la Convención.
- Y dos, en el aspecto de establecer obligaciones al poder judicial, en su función de garantía de las obligaciones de los Estados en el cumplimiento de los derechos. Al reconocerse la jerarquía constitucional otorgada a los tratados, su violación no sólo constituye un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, sino, también la violación de la Constitución misma. La no justiciabilidad de estos derechos por los tribunales nacionales supondría prescindir de la consideración de normas de rango

83 A. Eide. “Economic, social and cultural rights as human rights”. En A. Eide, K. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*. Martines Nijhoff. Dordrech. 1995. p. 36; J. Rossi y V. Abramovich. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos”, Estudios socio-jurídicos. No. 9, Bogotá, 2007, pp. 34-53.

84 V. Abramovich y C. Courtis. “La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. En O. Cantón y S. Corcuera (coord.). “Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y materiales”, México, Porrúa, 2004. p. 41.

constitucional.⁸⁵ Ello ha llevado a que algunos autores califiquen al proceso de jerarquización constitucional de nuevos tratados o de denuncia de los ya jerarquizados, por vía de mayoría calificada de las cámaras, como un procedimiento indirecto de reforma constitucional.

Resulta evidente pues, que la inclusión de este artículo, combinado con el reconocimiento en las constituciones nacionales de la aplicabilidad directa de los Tratados, refuerza la operatividad y eficacia de los derechos en el interior de los Estados miembros.

5. Suspensión de aplicación de la Convención

Las normas de suspensión de la aplicación de la Convención se establecen de conformidad con la doctrina que el DIDH ha venido desarrollando desde la “guerra fría” para evitar la desnaturalización de la suspensión que fue denunciada en 1997 por el Relator Especial⁸⁶. De ahí que el apartado 1 se redacte con la orientación finalista señalada por el propio Relator Especial de Naciones Unidas⁸⁷, por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 29⁸⁸ y por la Corte Interamericana⁸⁹.

La referencia a la notificación internacional y la concreción de sus extremos, se realiza de conformidad con lo establecido en el párrafo 17 de la Observación General No. 29.

85 *Ibíd.*, p. 41.

86 Naciones Unidas, Relator Especial sobre estados de excepción, Informe E/CN.4/Sub.2/1997/19, párrs. 4-5.

87 *Ibíd.*, párr. 42.

88 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 3.

89 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 20.

CAPÍTULO IV

Justificación de la Parte II de la Nueva
Propuesta de Convención: Derechos
reconocidos

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA PARTE II DE LA NUEVA PROPUESTA DE CONVENCIÓN: DERECHOS RECONOCIDOS

Procedemos a continuación a la justificación de los derechos reconocidos en la Convención y de la manera en que éstos están formulados.

1. Dignidad Humana

El artículo de apertura de la declaración de derechos establece el fundamento convencional de los derechos humanos como norma general de referencia que, por una parte, determine las operaciones interpretativas de los aplicadores jurídicos dirigidas a concretar el contenido y el fin teleológico de los derechos regulados y, por otra parte, justifique las características de los derechos que se establecen en su apartado de interpretación y aplicación de los derechos (indivisibles, interdependientes, inalienables, irrenunciables, misma jerarquía y protección convencional).

En el segundo apartado de este artículo se añade una cláusula donde se establece que:

Cuando, ante la reiterada omisión del Estado en el cumplimiento de su obligación de garantizar derechos básicos y necesarios para la subsistencia humana en condiciones dignas, una persona o grupo de personas accediera a los bienes protegidos por dichos derechos con violación de otros derechos humanos protegidos por la presente Convención, las cortes deberán resolver el conflicto de derechos ponderando las necesidades de las partes y de acuerdo con el art. 5.3 de esta Convención.

Los fundamentos de esta cláusula los encontrarlos, en primer lugar, en la idea de desobediencia como forma de ejercicio de derechos fundamentales, planteada por Ralf Dreier (1983)⁹⁰; y, en segundo lugar, en la idea de una interpretación y aplicación de la constitución no monopolizada por las instancias estatales y los operadores jurídicos (magistrados, jueces, abogados, etc.), sino entendida como una función donde es posible la participación ciudadana. Esta ha sido una idea recuperada en los últimos años por los autores agrupados alrededor de la llamada corriente del “constitucionalismo popular”:

90 R. Dreier, “Widerstandsrecht im Rechtsstaat”, en *Festschrift H.U. Scupin*, Berlin, 1983.

Larry D. Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker o Mark Tushnet⁹¹.

Partiendo de estos fundamentos, esta cláusula otorga el derecho a desobedecer el derecho para hacer efectivos los derechos básicos de subsistencia. Esta cláusula tiene un primer antecedente en la Constitución francesa de 1793 con lo que, en el texto constitucional, se llamó la “garantía social”. El art. 23 de la constitución jacobina establecía “*la garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y conservación de sus derechos. Esta garantía se apoya en la soberanía nacional*”. Conjuntamente con las “garantías institucionales” como técnicas de protección de los derechos encomendadas a órganos institucionales, la constitución de 1793 reconocía una “garantía social” como técnica de tutela de los derechos confiada a los propios destinatarios de los mismos, es decir, a los ciudadanos, individual o colectivamente. En consecuencia, podemos decir que: La causa que activaría esta cláusula sería una situación de lo que algunos autores han llamado “alienación legal”⁹², es decir, cuando el carácter injusto e ineficaz del derecho oficial o estatal hace que, en lugar de garantizar la libertad y el bienestar para la gente, éste pase a trabajar en contra de los intereses populares.

El debate aquí es que tipo de necesidades legitimarían para la activación de la cláusula. Gargarella defiende que sólo puede activarse ante situaciones de “carencia extrema”. Esta posición de Gargarella es cuestionada por otros autores como Fernando Aguiar o Joshua Cohen⁹³, que plantean el siguiente supuesto y pregunta: si un grupo de personas que se encuentran en situación de carencia extrema tiene derecho a la desobediencia y autoejecutibilidad de sus derechos, otras personas no necesariamente excluidas pueden considerar que tienen la obligación moral de respaldar esta acción si el Estado no hace nada para aliviar la situación de quienes no tienen cubiertas sus necesidades. ¿Podría una persona integrada legalmente tratar de cambiar, por medios ilegales, el orden legal que excluye a otros?, ¿Se puede desobedecer el derecho en solidaridad con otras personas? Ante ello responden que cuando un gobierno dicta normas injustas e ineficaces, lo hace en nombre de todos y empleando recursos que son de todos. Bajo estas condiciones, limitar el derecho de desobediencia a los marginados obliga a los otros a convertirse en cómplices de las violaciones gubernamentales. Quedaríamos aquí enfrentados

91 De estos, ver especialmente: L.D. Kramer, *People themselves. Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press, Oxford, 2004; M. Tushnet. *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton NJ, Princeton University Press, 2000.

92 R. Gargarella, *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2005, p. 22.

93 J. Cohen, “¿Sufrir en silencio?”, en R. Gargarella, *El derecho a resistir el derecho*, p. 86.

a un conflicto político entre los pobres, que tienen el derecho a desobedecer el derecho, y el resto de la población cuya obligación de obedecer permanece intacta.

En la Convención, y siguiendo la concepción de Gargarella, se ha optado por establecer una redacción restrictiva del uso de la cláusula limitándola a casos de aquellas personas que sufran, fruto de la omisión reiterada del Estado, vulneración de derechos básicos y “necesarios” para la subsistencia humana en condiciones dignas.

La utilización del concepto “necesarios” es también discutible. Intentar definir que son necesidades y cuales son “necesarias” o “no necesarias” es algo complejo, pues estas son siempre infinitas en los hombres y su necesidad puede variar en función de las sociedades y de las situaciones personales de los sujetos; sin embargo, con el objetivo de delimitar que tipo de carencias justificarían la puesta en funcionamiento de la cláusula que aquí nos referimos podríamos partir de la diferenciación planteada por muchos autores, aunque de manera distinta (Adam Smith, Marx, etc.), entre lo que podemos llamar por un lado, necesidades cuantitativas e ilimitadas, y por otro, necesidades cualitativas y limitadas por la dignidad y desarrollo del individuo.

Las primeras son las necesidades que aparecen bajo la forma de demanda, que emergen en el mercado y que se caracterizan por su carácter cuantitativo e ilimitado. Es conocido que una de las características de la mercancía en el sistema capitalista es que su objetivo no es la satisfacción de necesidades sino la creación de necesidades. La relación medio-fin se invierte en tanto que el objeto de consumo ya no aparece como un fin para satisfacer necesidades sino como un medio para la revalorización del capital. El consumo adquiere una naturaleza no ya cualitativa sino cuantitativa, la mera posesión. Las necesidades dirigidas a la posesión de bienes pueden aumentar infinitamente dado que la posesión es diferente del uso y del goce inmediato. No puedo poseer de tal forma que llegue al punto de no desear poseer aún más. Las necesidades adquieren aquí, por tanto: a) un carácter cuantitativo. Quiero tener más incluso cuando las cualidades concretas de los objetos no satisfacen inmediatamente ningún tipo de necesidad; y, b) ilimitado. Ninguna otra necesidad pone límite a su crecimiento. Estas necesidades no están limitadas ni gobernadas por la necesidad de garantizar una idea moral de desarrollo y dignidad del individuo.

Por el contrario, las segundas constituyen aquellas necesidades que, en una época determinada, se consideran por los usos y costumbres y por la idea moral de dignidad vigente, como jerárquicamente prioritarias. Estas van evolucionando y transformándose en las sociedades y en el tiempo, el concepto de dignidad no es supra-histórico ni atemporal, pero se caracterizan siempre por

su carácter: a) cualitativo. Se presentan en una relación directa y cualitativa con el desarrollo y autorrealización de una persona; y, b) limitado. Cuando cesa el dominio de las cosas sobre los hombres, cuando las relaciones interhumanas no aparecen ya como relaciones entre cosas, entonces toda necesidad es limitada y gobernada por la simple necesidad de desarrollo del individuo, restringiéndose a lo simplemente necesario para el logro de tal objetivo⁹⁴.

Las necesidades legitimadoras para la activación de la cláusula deberían ser sólo, evidentemente, las segundas.

Además y para mayor cautela, la utilización de esta cláusula no implica inmediatamente la eficacia del derecho ejecutado, sino que lo único que se establece en la Convención es la obligación de las cortes de analizar los componentes que giran alrededor del caso, no realizando una mera aplicación literal de la ley, sino realizando un ejercicio de razonamiento respecto a que estos actos son consecuencia de una necesidad de subsistencia digna, por lo cual merecen un tratamiento más holístico que le diferencie de los actos penales y por tanto, una ponderación de las necesidades de las partes en conflicto, debiendo proteger el derecho que de la parte que más lo necesite.

Asimismo se establece “la persona o grupo de persona que haya accedido a sus derechos básicos de subsistencia no podrán ser condenados por violación de los derechos humanos siempre que dicho acceso se produjera sin afectar los derechos a la vida, la integridad, la seguridad y la libertad y que el daño a los derechos ajenos no fuera superior al menoscabo de los derechos propios provocado por la situación que se pretende remediar”. Con ello se quiere establecer la necesidad de tener en cuenta que el sujeto que realiza tal acción, en el contexto de la desobediencia y respetando los límites establecidos, no tiene como finalidad delinquir para beneficiarse, sino por el contrario, el delito que pudo haber resultado de la acción de resistencia fue producto de su intención de dotarse de medios básicos de subsistencia que el Estado le niega mediante omisión reiterada.

2. Satisfacción de necesidades

La referencia a la “satisfacción de necesidades” no pretende ser una toma de posición definitiva en el debate contemporáneo sobre la fundamentación y el significado de los derechos humanos. El igualitarismo contemporáneo ha definido los derechos, como criterios de igualdad, desde diversos puntos de

94 Sobre esta diferenciación, vid. A. Noguera, *La igualdad ante el fin del Estado social*, Madrid, Sequitur, 2014, pp. 204-206.

vista: como “bienes sociales primarios” (Rawls)⁹⁵, como “recursos” (Dworkin)⁹⁶, como “oportunidades para el bienestar” (Anerson)⁹⁷, como “acceso a las ventajas” (Cohen)⁹⁸ y como “necesidades asociadas a capacidades” (Sen)⁹⁹ (Nussbaum)¹⁰⁰. Por un lado, cabe señalar que la concepción de los derechos como asociados a necesidades no es absoluto, toda vez que el propio artículo habla de “dignidad humana”, que puede entenderse como el fundamento de otras concepciones de los derechos, y de “beneficios y bienes públicos de la vida en común”, terminología más cercana a las concepciones liberales de Rawls o de Dworkin. Por otra parte, creemos que el enfoque basado en necesidades, presenta ventajas tanto en el contexto latinoamericano como en el tipo de convención que aquí se está realizando:

- Con esta idea se pretende afirmar que los derechos no son un problema de fundamentación filosófica, basada en una determinada concepción homogénea del sujeto, sino que es compatible con diversas concepciones culturales e ideológicas acerca del ser humano, porque se basa en un acuerdo internacional sobre determinadas necesidades de la vida humana que deben ser satisfechas y que, por tanto, requieren el máximo nivel de protección jurídica y exigibilidad ante los poderes públicos. De esta manera se evitan lecturas esencialistas del concepto de dignidad humana que traten de trasladar al ámbito jurídico determinadas concepciones filosóficas o culturales sobre la naturaleza humana.
- Además, la idea de “necesidad” implica una objetivación de los derechos humanos, que no serían un haz de facultades puestas a disposición de un sujeto en atención a sus características subjetivas (características que han venido siendo denunciadas como excluyentes por el movimiento obrero, por el movimiento feminista, por el movimiento indígena y por el multiculturalismo), sino un complejo de obligaciones de los poderes públicos

95 J. Rawls, *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1971 e Id., *A Theory of Justice. Revised Edition*, Cambridge (Massachusetts), The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

96 Vid. R. Dworkin, *Virtud soberana*. Trad. de M. J. Bertomeu y F. Aguiar, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 21-201.

97 Vid. R. Anerson, “Equality and Equal Opportunity for Welfare”, en *Philosophical Studies*, Vol. 56, N° 1, mayo 1989, pp. 77- 93.

98 Vid. G. A. Cohen, *Self-Ownership Freedom and Equality*, Cambridge (Massachusetts), Cambridge University Press, , 1995.

99 Vid. A. Sen, “¿Igualdad de qué?”, en S. McMurrin (editor), *Libertad, Igualdad y Derecho. Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral*, trad. de G. Valverde Gefaell, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 133 a 156; Id., “Capacidad y bienestar”, en M. Nussbaum y A. Sen (compiladores), *La calidad de vida*, Trad. de R. Reyes Masón, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 54-83.

100 Vid. M. Nussbaum, “Capacidades humanas y justicia social”, trad. de A. Gómez Ramos, en J. Riechmann (coordinador), *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, Madrid, Los Libros de la Catarata, pp. 43-104.

y de los particulares de responder adecuadamente frente a la existencia de necesidades humanas para una vida en común plena y en paz. De esta suerte, la reacción jurídica no se da por la existencia de una característica subjetiva previamente definida, sino que, constatada objetivamente la existencia de una necesidad, se requiere la acción del Derecho.

- Este planteamiento permite, sin relativizar el concepto de dignidad humana, introducir mediaciones culturales en la determinación de las necesidades que permiten hablar de *buena vida* o *vida deseable* (Naussbaum) o de necesidades *absolutas*, en el sentido de que su privación produce *daño* y no simplemente que no produce beneficio (a diferencia de los meros deseos) (Wiggins)¹⁰¹. De esta manera se pueden entender como derechos necesidades de sujetos especiales como los pueblos indígenas, que no lo son para otros grupos y viceversa.
- Las necesidades se relacionan con la *capacidades*, según la idea de que los derechos no pueden consistir sólo en bienes y recursos que dan bienestar a las personas, porque el estudio de la situación de los pobres en los países en vías de desarrollo demuestra que lo determinante en la realización de los derechos no es la *ambición* de los sujetos, sino las capacidades, cualidades y talentos de las personas para convertir en beneficio los bienes y recursos con los que cuenta o que se ponen a su disposición. Los derechos no son por tanto sólo recursos primarios o bienes, sino que son medios para obtener insumos valiosos para el desarrollo autónomo de funcionamientos y capacidades¹⁰², tanto de los titulares para poder hacer efectivos los derechos, como de los poderes públicos, para poder cumplir las obligaciones correlativas.
- El sentido que hasta el momento se ha expuesto de la introducción de las necesidades en el artículo inaugural de la Convención revela que no se trata de romper con el planteamiento contemporáneo del “Enfoque Basado en Derechos Humanos” (EBDH), volviendo al enfoque anterior basado en el objetivo de satisfacer necesidades básicas, que había dejado en segundo plano la protección de las víctimas y la garantía de sus derechos. El EBDH es un marco conceptual que desde un punto de vista normativo se basa en estándares internacionales de derechos humanos y desde un plano operativo se dirige a la promoción y protección de los derechos humanos.

101 Vid. D. Wiggins, *Needs, Values, Truth. Essays in the Philosophy of Value*, Oxford, Basil Blackwell, 1985, pp. 1-57.

102 Cfr. G. A. Cohen, “¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades” (1990) en M. Nussbaum y A. Sen (compiladores), *La calidad de vida*, cit., p. 49; y A. Sen, *Desarrollo y Libertad*, trad. de E. Rabasco y L. Toharía, Barcelona, Planeta, 2000, p. 240, nota 151.

Este enfoque describe las situaciones no en términos de necesidades humanas o de desarrollo, sino en términos de derechos, y sus correlativas obligaciones. La compatibilidad de la referencia a las necesidades y el EBDH puede verse en la afirmación realizada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la guía de medición y aplicación de indicadores en materia de derechos humanos: “Los derechos humanos son el lenguaje de las necesidades humanas básicas, de acuerdo con la noción de dignidad e igualdad de la persona humana. Contribuyen a articular las necesidades y la respuesta de aquellos que tienen que satisfacerlas”¹⁰³. En nuestro enfoque, esta compatibilidad puede verse en que las necesidades se entienden por relación a las capacidades, y en que son numerosas las referencias de la Convención a la obligación de los Estados de rendir cuentas conforme a indicadores objetivos propios de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

3. Libertad como autonomía

Se afirma expresamente la vieja idea humanista de la libertad como autonomía del sujeto, que es compatible con el sometimiento a normas que provienen del conjunto, frente a la idea aristocrática de la libertad como independencia, es decir como soberanía del propio deseo. De esta manera se permiten correcciones de base a la lectura exclusivamente individualista de los derechos humanos como posiciones de indemnidad frente al colectivo, y se facilita su lectura como condiciones de constitución y desarrollo de la vida en común. De manera coherente con la idea de indivisibilidad e interdependencia, los derechos no tienen funciones u objetivos generales distintos (proteger la libertad del individuo, de un lado, y limitarla por otro para asegurar los servicios públicos), sino que todos los derechos se conciben, se reconocen y se actúan en contextos sociales que pretenden fortalecer y dotarles de las garantías necesarias para un aprovechamiento mutuo de la vida en común.

La idea de libertad como autonomía, a diferencia de la libertad como independencia, resulta funcional al pluralismo jurídico afirmado en numerosos Ordenamientos de la región, en el sentido de que la libertad como autonomía no plantea contradicciones de principio con el sometimiento a normas colectivamente establecidas.

103 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, 2012, p. 11. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf.

4. Participación

Por una parte, la idea de participación está íntimamente relacionada con la de pluralismo y diversidad. Pretende luchar, por una parte, contra el paternalismo del estado en la realización y garantía de los derechos, que sería contraria al objetivo emancipatorio que encierra la idea de libertad como autonomía del sujeto (por ejemplo, que exista una única forma de parir en los hospitales); y, por otra parte, contra la asimilación cultural forzosa que, en contextos multiculturales, puede suponer el sometimiento obligatorio a formas de protección rígidas preestablecidas (por ejemplo, recibir atención médica sin la participación de quién culturalmente cumple esa función en una comunidad; ser escolarizado, pero no en la lengua propia de la comunidad a la que se pertenece, etc). Sólo una adecuada participación de la sociedad real en los procesos de realización de los derechos humanos permite que ésta responda al pluralismo y la diversidad que los mismos derechos pretenden defender, porque siendo el pluralismo y la diversidad algo esencialmente fluido y cambiante, es imposible fijarlos de una vez por todas en una norma, requiriendo mecanismos dinámicos de permanente adaptación prudencial a las diferencias.

Por otra parte, la idea de participación se liga a la de fortalecimiento de los derechos humanos y al rol que en este campo Naciones Unidas ha dado al “involucramiento” de las organizaciones de la sociedad civil, de los medios de comunicación y de los propios sujetos en la promoción, defensa y divulgación de los derechos humanos. Son múltiples los documentos que hacen referencia a este particular, pero su primer intento de articulación jurídica que hemos utilizado como referencia es la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 8 de marzo de 1999¹⁰⁴.

Se incluye también aquí el derecho a consulta previa, libre e informada de los pueblos y naciones indígenas. Este es uno de los lugares comunes de la dialéctica Estado central-pueblos indígenas. Es la cuestión de aquellas normas o políticas públicas que afecten de manera central el autogobierno indígena ya sea en cuanto a organización, competencias o posesiones. La norma general es que siempre que una norma o política pública afecte a derechos o espacios indígenas sea preceptiva dar información suficiente a las poblaciones y establecer consultas, cuya tipología se dirimirá en varias posibilidades de consulta con

104 Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General de 8 de marzo de 1999 sobre la base del Informe de la Tercera Comisión (A/53/625/Add.2), A/RES/53/144.

mayor o menos implicación de la población o a través de representación establecida de las propias comunidades.

5. Igualdad, no discriminación, pluralismo y diversidad

El reconocimiento de la igualdad se produce en el marco previo de la declaración del pluralismo y diversidad como valores que fundamentan la Convención y como objeto de protección de los derechos.

Respecto al apartado 2, el derecho a vivir como pueblos distintos se redacta según lo establecido en el art. 7.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, completado con la prohibición de la asimilación forzada (art. 8.1) y el derecho a reforzar sus propias instituciones y participar, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (art. 5); si bien se extiende a la población afrodescendiente. Debe tenerse en cuenta que todos los Estados de América Latina votaron a favor de esta Declaración, con la excepción de Colombia que se abstuvo. Sin embargo, Estados Unidos y Canadá votaron en contra.

El apartado 3 se inspira en el art. 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y los arts. 14 y 16.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

El apartado 4 supone la garantía de las medidas afirmativas que se vienen a consagrar en el artículo siguiente. Referencias similares se encuentran en el art. 1.4 de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia y el art. 1.5 de la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, si bien establecen que las acciones afirmativas no constituyen discriminación siempre que “no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no se perpetúen después de alcanzados los objetivos” (en los arts. 5 de ambas Convenciones se reitera que las acciones afirmativas “no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos, y no deberán perpetuarse más allá de un periodo razonable o después de alcanzado el objetivo”). Por tanto, se está declarando como discriminación el reconocimiento de derechos colectivos de grupo, que son precisamente el instrumento que el DIDH se ha dado para la introducción de la diferencia cultural en su ámbito de protección.

Se trata de un contradicción no sólo con instrumentos universales de protección de los derechos humanos, o con la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana, que ha reconocido el derecho colectivo al territorio de los pueblos indígenas, sino con todos aquellos Estados de la región que, precisamente para luchar contra la discriminación, han establecido en sus Constituciones o leyes derechos colectivos de los pueblos indígenas, de la población afrodescendiente, de las comunidades rurales

o de otras minorías sociales y culturales, y que se considerarían discriminatorias desde el derecho regional.

Estas insuficiencias y contradicciones se corrigen en la redacción del apartado 4.

Respecto al artículo específico dedicado a la igualdad, en el apartado 1 se reconoce el derecho a la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, en los términos del art. 11.2 de la Constitución ecuatoriana, entendiendo que es el reconocimiento más amplio del objeto sobre el que se proyecta la igualdad. La segunda frase aclara que lo que se considera contrario a la Convención es cualquier situación, de hecho o de derecho, que impida dificulte o menoscabe el disfrute y ejercicio *igual* de los derechos humanos o el acceso *en condiciones de igualdad* a los bienes que protegen. Este sería el contenido jurídico propio de la igualdad como derecho humano.

El apartado 2 prohíbe la discriminación, como contenido complementario al de la igualdad en la línea de todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en los términos más amplios posibles. La expresión “tenga por objeto o resultado” es común a todas las Convenciones Internacionales y Americanas que tienen por objeto la eliminación de la discriminación. Se ha considerado oportuno introducir una definición de “categorías sospechosas” con un objeto lo más amplio posible con el objeto de incluir las discriminaciones presentes y pasadas, pero capaz de prevenir las futuras. Debe tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos las distinciones basadas en categorías expresamente mencionadas, exigen un refuerzo en el control y la justificación¹⁰⁵. La prioridad en la atención por parte del Estado de los grupos discriminados es también una constante en las Convenciones que luchan contra la discriminación.

El apartado 3 sigue también la línea del art. 2.b) de la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de declarar expresamente que la discriminación positiva, las acciones afirmativas y en general todas las medidas especiales y particularizadas destinadas a corregir las situaciones de debilidad en el disfrute y ejercicio de los derechos y las situaciones de discriminación, no constituyen una violación del derecho a la igualdad.

Por último, el apartado 4 establece la obligación de los estados de establecer indicadores de cumplimiento y de seguimiento de realización de la igualdad, en la línea del contemporáneo DIDH.

105 Comité de Derechos Humanos, caso Vos (H.S.) c. Países Bajos (1989), párrs. 11.3 y 12; Caso Müller y Engelhard c. Namibia (2000); caso Fábryová c. República Checa (2000).

6. Derecho a la vida

La abolición de la pena de muerte se recoge en los términos del art. 1 del Protocolo No. 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Las Libertades Fundamentales, sobre abolición de la pena de muerte (adoptado en Estrasburgo, el 28 de abril de 1983).

La novedad del artículo radica en introducir dentro del derecho a la vida, el derecho a la alimentación y el derecho a condiciones adecuadas de salubridad e higiene que no pongan en peligro su vida ni su salud, al suministro de agua potable y al saneamiento.

Se incluye el derecho a la alimentación, reconocido dentro del “derecho a un nivel de vida adecuado” (art. 25 Declaración Universal de los Derechos del Hombre y art. 11.1 PIDESC)), como “derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre” (art. 11.2 PIDESC) y como “derecho a la alimentación” (art. 12 Protocolo de San Salvador). Los elementos que integran el derecho tal y como se recoge en la propuesta (“seguridad, estabilidad del suministro y disponibilidad de alimentos suficientes, de calidad apropiada, libres de sustancias nocivas y culturalmente aceptables para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos y los grupos”) son las establecidas en las *Directrices voluntarias en apoyo a la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, aprobadas por la FAO en su 127º periodo de sesiones (noviembre 2004)¹⁰⁶.

Los derechos contenidos en el apartado 4 son lo que en el Protocolo de San Salvador se recogían en el art. 11.1 como parte del derecho a un medio ambiente sano y bajo la muy general expresión de “servicios públicos básicos”. En este caso se concretan, aunque reciben una concreción mucho mayor en otros artículos de la Convención propuesta, y se sacan del derecho al medio ambiente, toda vez que, desde un punto de vista sistemático, el bien jurídico que protegen estos derechos es la vida y la salud, y no el medio ambiente adecuado. Los derechos se recogen en los términos de la Observación General No. 15, sobre el derecho al agua, del Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Noviembre de 2002) y de la Resolución A/RES/64/292, de la Asamblea General de las Naciones Unida (Julio de 2010).

La inclusión del derecho al territorio de las comunidades indígenas y tribales, en relación con el derecho a la vida, se realiza en los términos

106 Disponible en: <http://www.fao.org/docrep/009/y7937s/y7937s00.HTM>.

establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁷ y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁸.

Desde 1982, el Comité de Derechos Humanos estableció en su Observación General 6 sobre el derecho a la vida, que éste no puede entenderse de manera restrictiva, y que su protección exige que los Estados adopten medidas positivas (párrafo 5), por ejemplo orientadas a disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, eliminando la malnutrición y las epidemias. Ello implica, obviamente, garantizar las condiciones mínimas en materia de alimentación, abastecimiento de agua potable y saneamiento básico, vivienda digna, salubridad e higiene.

Posteriormente, en su OG 14, manifestó su preocupación por la proliferación de armas de destrucción masiva, que no sólo ponen en peligro la vida humana, sino que *absorben recursos que podrían utilizarse de otro modo para fines económicos y sociales vitales, en particular en beneficio de los países en desarrollo, y por lo tanto para promover y garantizar el disfrute de los derechos humanos para todos* (párrafo 3), dando cuenta, nuevamente, de que este derecho implica no sólo la prohibición de privación arbitraria de la vida, sino la necesidad de adoptar medidas para asegurar el disfrute de otros derechos esenciales para garantizar una vida digna.

Esta interpretación extensiva del derecho a la vida, constituye un importantísimo avance en la lucha por la plena realización del conjunto de los derechos; primero, porque confirma la idea de la *indivisibilidad e interdependencia* entre los derechos y, sobre todo, porque pone en evidencia la necesidad de que los poderes públicos realicen –también respecto de los así llamados *derechos de libertad*– acciones positivas encaminadas a su realización.

En el mismo sentido, la Corte IDH ha desarrollado el contenido, sentido y alcance del derecho a la vida, por lo menos desde la sentencia del *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales) y otros contra Guatemala*. El caso involucraba el secuestro, tortura y muerte de un grupo de “niños de la calle”, a manos de agentes estatales. Según la interpretación de la Corte, “el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”²¹⁰⁹.

107 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 150 y 178; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 161.

108 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(f).

109 Sentencia de 19 de noviembre de 199, párrafo 144.

Adicionalmente, en un voto concurrente, los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli señalaron que “hay diversos modos de privar a una persona arbitrariamente de la vida: cuando es provocada su muerte directamente por el hecho ilícito del homicidio, así como cuando no se evitan las circunstancias que igualmente conducen a la muerte de personas. El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos” (párrafos 3-4).

También en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” contra Colombia*, la Corte IDH interpretó el derecho a la vida en su sentido más amplio, y entendió que el Estado era responsable de vulnerar el artículo 4 no sólo respecto de las víctimas de la masacre, sino respecto de los supervivientes que quedaron en situación de desplazados internos (en relación con el artículo 22 (derecho de circulación y residencia)), y respecto de los cuales el Estado omitió el deber de adoptar medidas para garantizarles una vida digna:

Los motivos y las manifestaciones de la vulnerabilidad acentuada en los desplazados han sido caracterizados desde diversas perspectivas. Dicha vulnerabilidad es reforzada por su proveniencia rural y, en general, afecta con especial fuerza a mujeres, quienes son cabezas de hogar y representan más de la mitad de la población desplazadas, niñas y niños, jóvenes y personas de la tercera edad. La crisis del desplazamiento interno provoca a su vez una crisis de seguridad, dado que los grupos de desplazados internos se convierten en un nuevo foco o recurso de reclutamiento para los propios grupos paramilitares, de narcotráfico y de la guerrilla. El retorno de los desplazados a sus hogares carece, en muchos casos, de las condiciones necesarias de seguridad y de dignidad para ellos y, dentro de los efectos nocivos de los reasentamientos que provoca el desplazamiento forzado interno, además de graves repercusiones psicológicas en ellos, se han destacado (i) la pérdida de la tierra y de la vivienda, (ii) la marginación, (iii) la pérdida del hogar, (iv) el desempleo, (v) el deterioro de las condiciones de vida, (vi) el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, (vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, (viii) la inseguridad alimentaria, y (ix)

la desarticulación social, así como el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida¹¹⁰.

7. Derecho a la Identidad

El derecho a la identidad se introduce en el ámbito internacional de los derechos humanos por el art. 8.1 de la *Convención sobre los derechos del niño*. En la formulación propuesta, se recogen las dos dimensiones del derecho a la identidad, por un lado el derecho a ser reconocido individualmente (a través del nombre, la nacionalidad, la filiación y las relaciones familiares, que se recogen en los términos de los arts. 7 y 8.1 de la *Convención sobre los derechos del niño*), y por otro el derecho a forjarse una identidad relacional, de carácter sociocultural o meramente estético. En el primer caso se adopta una redacción más amplia y garantista que la contenida en los actuales art. 3 (un confuso derecho a la personalidad jurídica) y art. 18 (derecho al nombre). En el segundo caso, se prefiere una tipificación amplia con una redacción próxima al art. 21 de la Constitución ecuatoriana, en vez de la redacción del art. 30 de la *Convención sobre los derechos del niño*, que lo reduce a practicar la propia vida cultural, profesar la propia religión y emplear el propio idioma, o a la del art. 33 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, que lo reduce a determinar la identidad conforme a las costumbres y tradiciones. Por una parte, el derecho a la identidad diferenciada no es un patrimonio exclusivo de las comunidades indígenas, aunque en este caso el derecho pueda cobrar los perfiles de un derecho de defensa frente a las intromisiones destructivas de culturas más poderosas en cuanto a medios de difusión y propaganda, sino que es un derecho universal. Por otra parte, una de las características más reiteradas por los estudiosos de las sociedades contemporáneas, es la fragmentación, fluidez y maleabilidad de las identidades sociales contemporáneas, que no podrían fijarse en estructuras objetivas preestablecidas como la religión, las costumbres etc. De ahí que no se haga referencia sólo a la identidad cultural, sino también estética. Se recoge también el derecho a la expresión de la identidad cultural en el espacio público, con las limitaciones de ocupación y uso de este espacio establecidas normativamente para hacerlas compatibles con los demás derechos que necesitan del espacio público para ejercerse o estar garantizados.

Se incluye aquí también, el derecho a la identidad sexual y la gratuidad de las operaciones de cambio de sexo, aspecto que será justificado en el último

110 Véase, igualmente, ACNUDH, Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2014), párr 175.

capítulo de este informe dedicado a la transversalización de especiales categorías de sujetos.

Además, se ha incluido en este apartado también, el derecho a autoafirmarse como integrante de un colectivo indígena -y a solicitar su adscripción-, lo que sólo puede ser ejercido por el individuo afectado. Y la confirmación y recepción de dicha solicitud sólo puede ser efectuada por la comunidad -o conjunto de comunidades- determinadas. Tan importante es el derecho a solicitar la adscripción como la recepción de la solicitud para no encontrarnos en una especie de espacio abierto que desnaturalizaría por completo la finalidad de un derecho colectivo de esta naturaleza, como es la conformación voluntaria de un grupo con afinidades esenciales y con vocación y resolución de llevar vida en común integral.

Y, finalmente, se incorpora el reconocimiento a la doble nacionalidad de los miembros de los pueblos y naciones indígenas. Ello responde a la exigencia de plurinacionalidad. Como su propio nombre indica la plurinacionalidad apela a la nacionalidad múltiple y, por lo tanto, lo normal debe ser que se le asignen dos nacionalidades: una nacionalidad estatal y otra nacionalidad originaria (o indígena). Este esquema bi-nacional para nada perturba la condición clásica de nacional, puesto que la nacionalidad originaria es un reconocimiento simbólico que sólo tendría efectos jurídicos intra-muros del propio Estado otorgante. Esta nacionalidad originaria se deberá corresponder con el estatus concedido tras el correspondiente ejercicio al derecho de autoreferencia censal.

8. Derecho a la Familia

El apartado 1 recoge el derecho a establecer una familia, que por tanto se define en términos más amplios que el tradicional “derecho al matrimonio” establecido en los instrumentos de DIDH, ya que el matrimonio es uno de los medios que en el derecho contemporáneo se reconocen para la formación de una familia. Los límites que se establecen son: la edad, que se establece como mínimo en 18 años, siguiendo la Recomendación General N° 21 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer¹¹¹, lo que además es conforme con la definición de “niño” del art. 1 de la *Convención sobre los derechos del niño* que no incluye derecho alguno al matrimonio¹¹².

111 Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, párrs. 36 y 37 (1994).

112 El Comité de los Derechos del Niño considera como discriminatoria toda legislación que establezca una edad mínima para el matrimonio del varón y otra distinta para la mujer.

Debe tenerse en cuenta que El Comité de los Derechos del Niño considera como discriminatoria toda legislación que establezca una edad mínima para el matrimonio del varón y otra distinta para la mujer¹¹³. Asimismo, considera discriminatoria la legislación que define la edad mínima para el matrimonio en función del criterio de “pubertad”¹¹⁴; la consanguineidad, que es una restricción razonable según este mismo Comité¹¹⁵; y el consentimiento libre y pleno, que se refiere tanto al vínculo como a la elección del contrayente¹¹⁶. La obligación de registrar el matrimonio está establecida en el art. 2 de la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud (1953) y en el art. 16.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

La igualdad entre cónyuges o personas en situación análoga se redacta en los términos establecidos por el art. 16.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

El apartado 3 recoge el derecho del niño a una familia sustituta en los términos del art. 20 de la *Convención sobre los derechos del niño*. Debe tenerse en cuenta que el art. 20.3 de dicha Convención coloca el internamiento en instituciones de acogida como un último recurso subsidiario a la familia sustituta según las distintas modalidades que puedan establecerse. En todo caso, la opción de guarda y acogida se somete al superior interés del menor.

9. Integridad personal

La protección se divide en dos artículos: uno que define los derechos protegidos y las conductas prohibidas; y otro que establece obligaciones específicas de los Estados que se suman a las obligaciones establecidas previamente de modo general.

Asimismo, considera discriminatoria la legislación que define la edad mínima para el matrimonio en función del criterio de “pubertad”. Véanse por ejemplo sus Observaciones finales sobre los informes de Bolivia (A/55/41, párr. 349), respecto a la edad de 14 años para mujeres y 16 para varones y Trinidad y Tobago (A/53/41, párr. 1136). La edad mínima varía no sólo según el sexo de la persona, sino también la religión (CRC/C/11/Add/10, párr. 23). Véanse también sus Observaciones finales sobre los informes de Irán (CRC/C/15/Add.123, párr. 19), Bolivia (CRC/C/15/Add.95, párr. 16) y Ecuador (CRC/C/15/Add.93, párr. 17).

113 Véanse por ejemplo sus Observaciones finales sobre los informes de Bolivia (A/55/41, párr. 349), respecto a la edad de 14 años para mujeres y 16 para varones, y Trinidad y Tobago (A/53/41, párr. 1136). La edad mínima varía no sólo según el sexo de la persona, sino también la religión (CRC/C/11/Add/10, párr. 23).

114 Véanse por ejemplo sus Observaciones finales sobre los informes de Irán (CRC/C/15/Add.123, párr. 19), Bolivia (CRC/C/15/Add.95, párr. 16) y Ecuador (CRC/C/15/Add.93, párr. 17).

115 *Ibíd.*, párr. 16.

116 *Ibíd.*

El derecho a la integridad personal se define en los términos del art. 5 de la vigente *Convención*, que lo introdujo en el ámbito del DIDH, si bien se añade la integridad sexual, como elemento específico de protección frente a la violación, los abusos y la intimidación sexuales, particularmente utilizados como intimidación a la mujer. Ello resulta coherente tanto con los arts. 1 y 2 la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 85° sesión plenaria, el 20 de diciembre de 1993), como con los arts. 1 y 2 de la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* y los arts. 2.1, 19.1 y 34 de la *Convención de los derechos del niño*.

En el apartado 2 se prohíbe de forma absoluta la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En el apartado 2 se define la tortura en los términos del art. 2 de la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*, que es la definición más amplia en el ámbito del DIDH, si bien se relativiza el elemento teleológico de la definición (incluyendo la mera intención sádica de causar daño), en la línea expresada por el voto disidente del juez Fitzmaurice en la Sentencia del TEDH “Irlanda vs. Reino Unido”¹¹⁷. Tampoco se hace una referencia expresa al elemento subjetivo, es decir que la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sean causados por agentes del estado o con su promoción y consentimiento, fundamentalmente por dos razones:

Desde un punto de vista sistemático, lo que corresponde a una Convención de derechos humanos no es fijar el tipo penal, sino el tipo de conductas que violentan los derechos humanos, y desde este punto de vista la tortura es una violación del derecho a la integridad personal la cause quien la cause y en cualquier contexto en que se cause. Desde un punto de vista garantista, la referencia al elemento subjetivo puede interpretarse en el sentido de que sólo existe responsabilidad directa del Estado. Pero en la región es desgraciadamente muy frecuente que las torturas las causen agentes no estatales (grupos al margen de la ley, grupos paramilitares [...]) y sobre poblaciones vulnerables. En estos casos resulta muy difícil probar que hay responsabilidad directa de agentes del Estado, pero sí es posible que el Estado tenga responsabilidad por no haber tomado las medidas necesarias y razonables para evitarlo (suficiente presencia policial, medios de comunicación o alerta en poblaciones, etc.). En estos casos existe tortura, existe responsabilidad del Estado y por tanto derecho a reparación integral.

117 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), “Irlanda c. El Reino Unido”, sentencia del 18 de enero de 1978.

Se ha considerado a posibilidad de introducir una definición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, para diferenciarlos de la tortura. Sin embargo se ha decidido incluir exclusivamente la idea de la tortura como un caso agravado de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, con la misma redacción que estaba establecida en el art. 1.2 de la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por Resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1975, que sirvió de base para la Convención, aunque al final no se incluyó en el articulado. Por una parte, porque no existe ninguna norma internacional, ni siquiera de *soft law*, que defina los tratos crueles, inhumanos o degradantes y las normas penales internas lo hacen de una forma limitada a los casos de búsqueda de confesiones o de información. Tampoco existen materiales elaborados por organizaciones de defensa de los derechos humanos. Por otra parte, la jurisprudencia internacional en la materia es muy casuística y tiende a contemplar la tortura como una forma agravada del trato cruel, inhumano o degradante por distintos factores de carácter contextual y muy dependientes del caso concreto. En este sentido, dudamos de que una definición precisa de los tratos crueles, inhumanos o degradantes pueda ser más garantista que la forma actual de regulación, que ha permitido subsumir en la norma una gran variedad de actos.

En la misma línea, Con respecto al contenido del concepto de tortura, el Comité de Derechos Humanos establece en la Observación General No. 20:

El Pacto no contiene definición alguna de los conceptos abarcados por el artículo 7, ni tampoco el Comité considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o trato; las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado¹¹⁸.

El apartado 3 reproduce lo establecido en el art. 7 del PIDCP, único instrumento internacional que lo ha reconocido. Respecto a las obligaciones concretas de los Estados a este respecto establecidas en el apartado 2 del artículo siguiente, en su primera Observación General sobre el art. 7 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos llamó la atención sobre la relevancia de esta disposición para los países productores de medicamentos con respecto a actividades que afectan a la población de los países en desarrollo¹¹⁹. La segunda

118 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, párr. 4.

119 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 7, párr. 3 (1982).

Observación General sobre este artículo inexplicablemente no reitera esta advertencia, pero comenta la importancia de mantener salvaguardias adecuadas sobre la participación en experimentos médicos o científicos de personas privadas de libertad¹²⁰. En otra oportunidad, el Comité indicó que la legislación sobre la materia “debe excluir a los menores y a las personas que no pueden dar su libre consentimiento de todo experimento médico que no les beneficie directamente (investigación médica no terapéutica)”¹²¹.

Se incluye en el apartado 4 el “derecho a una vida libre de violencia”, con reconocimiento de sujetos especiales como las mujeres, los niños y niñas, las personas especialmente vulnerables o en situación de debilidad y los grupos tradicionalmente marginados, en términos próximos a los establecidos en el art. 66.3.b) de la Nueva Constitución Política del Ecuador. El derecho a una vida libre de violencia se reconoce igualmente en el art. 20.2 del PIDCP, los arts. 1 y 2 de la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, art. 3 de la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, art. 16 de la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, arts. 4 y 5 de la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* o en las medidas de los párrafos 18, 22, 38 y 40 de la *Declaración y programa de acción de Viena* de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de junio de 1993.

En el artículo dedicado a las obligaciones específicas de los Estados en la materia, por una parte se recogen todas las obligaciones concretas que se habían venido reconociendo en los arts. 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13 y 14 de la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura* y en los arts. 2 a 10 y 12 de la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes*. Por otra, las obligaciones contenidas en el art. 4.d) de la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, si bien extendida a todo el ámbito subjetivo previsto en el artículo anterior y del art. 19.1 de la *Convención de los derechos del niño*.

El apartado c) está tomado del art. 17.2 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, si bien se extiende a la totalidad de los niños y niñas que son objeto de explotación económica y de trabajos que interfieren con su desarrollo y educación.

El apartado d) supone un resumen de las obligaciones básicas en materia de control del tráfico ilícito de armas de fuego contenido en el Tratado sobre

120 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, párr. 7 (1992) (que reemplaza la Observación General No. 7).

121 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de los Países Bajos, A/56/40, vol. 1, párr. 7 (2001).

el Comercio de Armas de Naciones Unidas, si bien con la terminología del instrumento más extenso y avanzado de la Región en esta materia que, según el PNUD, es la Ley para el desarme y control de armas y municiones de la República Bolivariana de Venezuela.

10. Libertad y seguridad personales

En la sistemática del PIDCP y de la *Convención Americana*, se sitúa en primer lugar la prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y del trabajo forzoso u obligatorio, para reconocer después del derecho a la libertad y seguridad personales y con ella las garantías de las personas privadas de libertad. Aquí se ha seguido una sistemática distinta: se reconoce el derecho a la libertad y seguridad personales, y se incorpora en el mismo artículo la prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y del trabajo forzoso u obligatorio, entendiendo que tales prácticas son una violación de tal derecho. En artículos subsiguientes se incorporan los derechos de las personas privadas de libertad y las garantías contra la práctica de la desaparición forzada.

En la prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y del trabajo forzoso u obligatorio se introducen algunas novedades. La definición de trabajo forzoso u obligatorio se toma del art. 2 del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (No. 29), de la OIT, completado con algunas referencias concretas sobre el objeto del trabajo forzoso establecidas en el art. 1 del Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (No. 105), de la OIT. Las exenciones a lo que se considera trabajo forzoso son las mismas que están establecidas en el art. 8.3 PIDCP y 6.3 de la *Convención Americana*, si bien, a las “obligaciones cívicas normales” se les añade “dentro de una sociedad democrática”, según la fórmula empleada por el PIDCP para señalar límites tanto al procedimiento para fijar dichas obligaciones como al contenido que pueden tener.

Finalmente, las obligaciones concretas de los Estados responden al hecho de que según el Informe de la OIT “Ganancias y pobreza: Aspectos económicos del trabajo forzoso”¹²², publicado el 20 de mayo de 2014, el trabajo forzoso de unas 1,8 millones de personas en América Latina y el Caribe genera ganancias ilícitas por 12.000 millones de dólares, de los que casi el 90 por ciento provienen de la explotación sexual comercial, 10.400 millones de dólares, y el resto del trabajo doméstico, 500 millones de dólares, y explotación laboral 1.000 millones de dólares, lo cual abarca principalmente sector agrícola, y también otros como

122 Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---cd_norm/---declaration/documents/publication/wcms_243422.pdf.

construcción, manufacturas, minería y servicios. Las estimaciones indican que 55 por ciento de las víctimas de trabajo forzoso en el mundo son mujeres y niñas. Por otra parte, el 44 por ciento son personas que migraron dentro o fuera de sus países. El informe igualmente destaca que un paso fundamental es contar con métodos para recopilar datos sobre la extensión y la ubicación del trabajo forzoso en cada país, dado que la mayor parte no cuentan con información nacional confiable ni actualizada que permita observar las tendencias, identificar los factores de riesgo y diseñar estrategias adecuadas.

Respecto a las condiciones de la detención, la retención y los derechos de las personas privadas de libertad, se combinan elementos de los arts. 5.4, 5.5, 5.6 y 7 de la actual *Convención*, de los arts. 9, 10 y 11 de PIDC y del art. 17 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, que se sistematizan en único artículo que establece tanto las condiciones de legalidad en la privación de libertad, como los derechos de quienes se encuentran en esta situación.

Las novedades más relevantes se encuentran en los apartados 5 y 6, que incorporan concreciones de los derechos de los privados de libertad establecidas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, por el Comité de derechos Humanos, por la Corte Interamericana y por la Comisión Interamericana.

En 1992 el Comité de Derechos Humanos adoptó una nueva Observación General sobre el artículo 10 del PIDCP¹²³. Esta Observación resalta que el derecho a un trato digno y humano no se limita a los presos, sino que se extiende a toda persona privada de libertad “en virtud de las leyes y la autoridad del Estado”. Menciona, en particular, hospitales, incluyendo hospitales psiquiátricos y campos de detención¹²⁴. Se aplica también a instituciones para el diagnóstico y rehabilitación de menores infractores. La frase citada confirma que el Estado es responsable no sólo por el trato a personas reclusas en instituciones de carácter público, sino también a los residentes en hospitales, instituciones y centros privados que albergan personas por orden de las autoridades públicas.

También se recoge el principio enunciado en el párrafo cuarto de la Observación General No. 21 en los términos siguientes: “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”¹²⁵.

123 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 20*.

124 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 20*, párr. 1.

125 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 21*. Este principio ha sido reafirmado y aplicado por el Comité en su dictamen en el caso *Mukunto c. Zambia*, párr. 6.4 (1999).

El instrumento más citado por el Comité de Derechos Humanos en su interpretación del artículo 10 del PIDCP, a pesar de que nunca fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas son las Reglas Mínimas de 1955. En una decisión más reciente, el Comité rechazó el argumento de un Estado Parte en el sentido de que las Reglas no son pertinentes por no ser vinculantes, y recalcó que “En cuanto a las alegaciones de maltrato en la cárcel, el Comité no acepta el argumento del Estado Parte de que no tiene competencia para examinar las condiciones de encarcelamiento de una persona cuando se trata de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, pues éstas constituyen una valiosa orientación para la interpretación del Pacto”¹²⁶.

En la Observación General sobre el artículo 7 del PIDCP el Comité “observa que el confinamiento solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a actos prohibidos por el artículo 7”¹²⁷. La jurisprudencia sobre las condiciones específicas que permiten concluir que el aislamiento ha sido incompatible con el derecho a la integridad o el derecho a un trato digno y humano no es extensa. En un caso, el Comité concluyó que el aislamiento total de un preso durante un año constituía un trato inhumano violatorio del artículo 7¹²⁸. Cada vez con mayor frecuencia el Comité de Derechos Humanos considera al aislamiento como violatorio del artículo 10 del PIDCP¹²⁹.

En una serie de decisiones la CIDH, al igual que el Comité de Derechos Humanos, recurre a las Reglas Mínimas para interpretar el contenido del derecho de los presos a un trato digno y humano. En una de ellas la CIDH señaló lo siguiente: “Una comparación de las condiciones de detención del Sr. Thomas con las normas internacionales para el tratamiento de reclusos también sugiere que su tratamiento no respetó los requisitos mínimos de un tratamiento humano. En particular, las reglas 10, 11, 12, 15 y 21 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Trato de Reclusos, que la Comisión entiende son referencias adecuadas de las normas internacionales mínimas para el trato humano de los reclusos, prescriben las siguientes normas básicas respecto del alojamiento, higiene, tratamiento médico y ejercicio”¹³⁰.

126 Comité de Derechos Humanos, *caso Potter c. Nueva Zelanda*, párr. 6.3 (1997). Ver también *Mukong c. Camerún*, párr. 9.3 (1994).

127 Comité de Derechos Humanos, *caso Mukong c. Camerún*.

128 Comité de Derechos Humanos, *caso Polay c. Perú*, párr. 8.6

129 Ver por ejemplo *Conteris c. Uruguay*, párr. 10 (1985) (3 meses); *Cubas c. Uruguay*, párr. 12 (1982) (3 meses), y *Drescher Caldas c. Uruguay*, párr. 13.3 (1983) (6 semanas).

130 CIDH, *caso Thomas (J) c. Jamaica*, párr. 133 (2001). Sus decisiones en los casos *Baptiste, Knights y Edwards* citan, además, las Reglas 24 y 25, relativas a la atención médica; la 31, relativa a castigos; la 40, relativa al acceso a materiales de lectura, y la 41, relativa a la religión. *Baptiste c. Grenada*, párr. 136 (2000); *Knights c. Grenada*, párr. 127 (2001), y *Edwards c. Barbados*, párr. 195 (2001).

El derecho a recibir correspondencia y visitas de sus familiares se considera parte integral del derecho de las personas privadas de libertad a un trato humano, así como del derecho de la familia a protección. La Regla 37 de las Reglas Mínimas dispone al respecto que “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”¹³¹. Este derecho también está consagrado por la jurisprudencia internacional. En el caso Polay, el Comité de Derechos Humanos consideró la prohibición de toda correspondencia entre un preso y su familia durante un año como trato inhumano violatorio del artículo 7 del PIDCP¹³². Cabe destacar que el Comité insiste sobre el respeto de este derecho aún tratándose de presos acusados o condenados por delitos muy graves, como el terrorismo.

En materia de visitas, en un caso reciente el Comité señaló que el limitar las visitas de familiares de 20 a 30 minutos por mes formaba parte de un cuadro de tratamiento incompatible con el artículo 10¹³³.

Con respecto a la referencia a la discriminación en la última frase del apartado 8, la CIDH declaró al respecto: “Considera la Comisión que el tratamiento acordado por las autoridades cubanas a los expresos y expresos políticos es violatorio de los derechos que a éstos les corresponden por su calidad de personas; asimismo, estima que este trato discriminatorio prolonga en el tiempo, bajo otras modalidades, los castigos de que hayan podido ser objeto durante la privación de su libertad”¹³⁴.

También se ha considerado oportuno dedicar un artículo a la desaparición forzada. El primer apartado incluye los dos primeros del art. 1 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. La definición contenida en el apartado 2, es la que se establece en el art. II de la *Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas*, que es la más amplia en el DIDH. El apartado 3, reproduce el art. 5 de la *Convención Internacional*. El apartado 4 se dirige a colmar una laguna de la *Convención Interamericana*, estableciendo la definición de víctima contenida en el art. 24.1 de la *Convención Internacional*, así como los derechos que le asisten establecidos en los arts. 17.3, 18, 22, 24 y 25 de la misma.

131 Ver también la Regla 60 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad sobre el derecho de personas menores de 18 años de edad privadas de libertad a recibir visitas y correspondencia de sus familiares.

132 Comité de Derechos Humanos, *caso Polay c. Perú*, párr. 8.6 (1996). Ver también el caso (Haití), *Diez Años*, p. 99

133 Comité de Derechos Humanos, *caso Arredondo c. Perú*, párrs. 3.1 y 10.4 (2000).

134 CIDH, Informe sobre los derechos humanos en Cuba, 1983, p. 64, párr. 41.

El artículo dedicado a las obligaciones específicas de los estados respecto a la desaparición forzada sistematiza las obligaciones contenidas en la *Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas*, si bien añadiendo algunas obligaciones y concreciones que están presentes en la *Convención Internacional* y que no fueron incluidas en aquélla, particularmente la responsabilidad de los superiores en el delito de desaparición forzada cometido por los subordinados (art. 6) y el contenido mínimo del registro de personas privadas de libertad (art. 17.3).

11. Derecho a la tutela judicial efectiva

Se ha preferido este encabezamiento, al de “Garantías judiciales”, utilizado en el art. 8 de la actual *Convención*, para zanjar la problemática que se ha venido planteando, tanto en el ámbito del PIDCP como en el Sistema Interamericano, sobre si los Instrumentos consagran o no un auténtico derecho subjetivo al recurso, o simplemente un derecho al debido proceso, es decir a ciertas garantías en los procesos que se instauran por la normativa interna. Las garantías son los medios procesales que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho, mientras que el artículo lo que consagra es tanto el derecho a un proceso como los requisitos que deben integrar dicho proceso¹³⁵.

Se ha señalado que el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso legal pueden considerarse dos caras de la misma moneda, en el sentido de que el primero consagra la obligación del legislador de establecer recursos, mientras que el segundo rige las características de los fueros competentes y los principios procesales que deben respetarse. La estructura de los instrumentos internacionales, en especial el PIDCP y la Convención Americana, es tal que contienen reiteradas referencias al derecho a un recurso. También hay diferencias entre la forma como este derecho está plasmado en los instrumentos universales y los interamericanos. Estas diferencias afectan el contenido de la doctrina y jurisprudencia sobre el artículo 14 del PIDCP y artículo 8 de la *Convención Americana*.

El PIDCP reconoce la obligación del Estado de proporcionar un recurso en el artículo 2.3 a) pero en su artículo 2 no reconoce el derecho a un recurso en cuanto derecho subjetivo del individuo. El PIDCP consagra el derecho del individuo a un recurso en la segunda frase del artículo 14.1, que establece: “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

135 Una discusión sobre este tema se ha planteado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-9/87*, párrs. 25, 27-28; y en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *caso Figueredo Planchart c. Venezuela*, párr. 92 (1999).

la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.” El primer párrafo del artículo 8 de la *Convención Americana* es casi idéntico a la citada frase del artículo 14.1 del PIDCP, pero el artículo 25 de la Convención se dedica específicamente al derecho a un recurso. El primer párrafo del artículo 25 consagra el derecho a un recurso en cuanto derecho subjetivo de la persona, y el segundo párrafo, similar en su contenido al artículo 2.3 del PIDCP, establece las obligaciones correspondientes del Estado.

El hecho de que el PIDCP no contenga una disposición equivalente al artículo 25.2 de la Convención Americana, hace que la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a un recurso haya sido elaborada con referencia al artículo 14, cuya finalidad principal es el reconocimiento del derecho al debido proceso. La doctrina procesal del Comité, en el sentido de que carece de competencia para examinar denuncias del artículo 2, salvo en la medida que una violación de dicho artículo sea consecuencia de una violación de uno de los derechos reconocidos en la Parte III del PIDCP, refuerza esta tendencia en la jurisprudencia del Comité. En contraste, la jurisprudencia de los órganos competentes del sistema interamericano tiende a calificar las violaciones del derecho a un recurso como violaciones de los artículos 8.1 y 25.

Otra diferencia importante entre la jurisprudencia universal e interamericana relativa al alcance del derecho al debido proceso. La doctrina universal considera la investigación y persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos una obligación del Estado, pero no un derecho subjetivo de la víctima. La doctrina interamericana sí considera la investigación y el castigo de graves violaciones de los derechos humanos un derecho de la víctima y sus allegados. Con base en esta posición doctrinal se ha elaborado una jurisprudencia que considera que el art. 8 es aplicable a las investigaciones que las autoridades nacionales hayan emprendido o hayan tenido la obligación de emprender, aún en ausencia de toda acción legal iniciada por los particulares interesados¹³⁶. En otra Sentencia, la Corte liga esta interpretación con el art. 29c) de la *Convención*, según la cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno¹³⁷.

136 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Paniagua Morales (Fondo), párr. 155 (1998).

137 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake c. Guatemala (Fondo), párrs. 96-97 (1998).

Para evitar estos problemas, el conjunto de facultades y garantías contenidas en el artículo se define como un derecho único (a la tutela judicial efectiva), tomado del art. 24 de la Constitución española, de suerte que la violación de cualquiera de las garantías específicas supone la violación del derecho. En el primer apartado se establece la igualdad ante la jurisdicción, lo que supone tanto la prohibición de discriminación en el acceso, como la igualdad de medios y armas de las partes en el proceso como garantía esencial del desarrollo de todo juicio. En el segundo apartado se consagra el derecho a un recurso con determinadas características (“sencillo, rápido, efectivo y público”) para la protección de los derechos fundamentales reconocidos tanto en el ordenamiento interno como en la propia Convención. La base de redacción es el actual art. 25.1 de la *Convención Americana*. En su apartado 2, se establece el derecho al recurso (y no simplemente “a ser oído”) ante jueces y tribunales dotados de determinadas características (“competente, independiente, autónomo e imparcial, establecido previamente por la ley”), con características del propio proceso (“público, sin dilaciones y con las debidas garantías”), en todos los órdenes procesales en que se trate de determinar derechos y obligaciones. De esta manera se afirma la existencia de un derecho subjetivo al recurso en todos los órdenes jurídicos y, por tanto, la correspondiente obligación del Estado de regularlos y proveerlos.

Otra novedad contenida en el apartado 3 es la extensión de la actividad imparcial como garantía del juicio justo al Ministerio Fiscal. La expresión está tomada de la Directriz 12 de las *Directrices sobre la función de los fiscales*, aprobada por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1990¹³⁸.

Las excepciones al principio de publicidad establecidas en el apartado 4, se establecen de acuerdo con el art. 14 PIDCP. La publicidad como principio ha sido establecida por el propio Comité de Derechos Humanos¹³⁹. La jurisprudencia interamericana considera estos principios como parte integral del derecho a ser oído con independencia e imparcialidad, así como resguardo de la presunción de inocencia. En el caso *Martín de Mejía*, la CIDH declaró que una ley que obligaba al fiscal a formular acusación penal contra toda persona denunciada por participación en terrorismo vulneraba la Convención Americana por dos motivos. Primero, porque “invierte la carga de la prueba y crea en la práctica una presunción de culpabilidad” y, segundo, porque al obligar el fiscal a “acusar el imputado aún cuando no

138 ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990).

139 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 6; caso *Van Meurs c. Países Bajos*, párr. 6.2 (1990); caso *Karttunen c. Finlandia*, párr. 7.2 (1993).

existen elementos de prueba suficientes que funden la acusación [...] no garantiza la imparcialidad del órgano juzgador¹⁴⁰.

La prohibición de que los tribunales militares puedan juzgar a civiles se basa en el carácter restrictivo y excepcional que el Comité de Derechos Humanos ha dado a esta jurisdicción¹⁴¹, así como a las reservas expresadas por el Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados en 1998:

En lo que respecta a la utilización de tribunales militares para juzgar a civiles, en el derecho internacional está apareciendo un consenso sobre la necesidad de restringir radicalmente, o incluso prohibir, esa práctica. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 13 sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dijo que, si bien el Pacto no prohíbe los tribunales militares, el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14. El Relator Especial tiene ciertas reservas respecto de esta Observación General, habida cuenta de la evolución actual del derecho internacional, que se orienta hacia la prohibición de la utilización de tribunales militares para el procesamiento de civiles.

Los principios 3 y 5 de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura prevén el derecho de toda persona a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios o por tribunales legalmente establecidos. En forma más categórica, el principio 5 f) de los principios de Singhvi dispone que la competencia de los tribunales militares estará limitada a los delitos militares y que existirá siempre un derecho de apelación contra las decisiones de esos tribunales ante una corte o tribunal de apelaciones legalmente calificados o de interponer un recurso para solicitar una anulación. Además, el principio 22 b) de los Principios de Johannesburgo prevé que un civil no podrá en ningún caso ser juzgado por un tribunal o corte militar por un delito contra la seguridad. El párrafo 4 del artículo 16 de las Normas de París también prevé que las cortes civiles tendrán y mantendrán su competencia para todos los juicios de civiles acusados de delitos contra la seguridad u otros delitos conexos; se prohibirá la iniciación de tales actuaciones ante un tribunal o corte militar o su remisión a esas instancias. La creación de cortes o tribunales especiales con

140 CIDH, caso Martín de Mejía, pp. 211-212 (1996).

141 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 4 (1984).

competencia para juzgar delitos que son básicamente de carácter político es contraria al régimen de derecho en un estado de excepción¹⁴².

Las demás restricciones a la jurisdicción de los tribunales militares son las expresadas en 1999 por el Grupo de Trabajo sobre detenciones arbitrarias.

El Grupo estima que de subsistir alguna forma de justicia militar, debería en todo caso respetar cuatro límites:

- a) debería declararse incompetente para juzgar a civiles;
- b) debería declararse incompetente para juzgar a militares, si entre las víctimas hay civiles
- c) debería declararse incompetente para juzgar a civiles y a militares en los casos de rebelión, sedición o cualquier delito que ponga o pueda poner en peligro un régimen democrático;
- d) no estaría en ningún caso autorizado a imponer la pena de muerte¹⁴³.

En la misma línea puede consultarse una abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁴⁴. Sin embargo, la línea jurisprudencial que se incorpora al artículo es la de la Comisión Interamericana que afirma que establece que los tribunales militares no deben tener competencia para juzgar violaciones de los derechos humanos¹⁴⁵.

Respecto a la garantías internas del proceso penal, en el apartado 5 b) Se añade la coletilla “libre y privadamente” que se encuentra en el art. 8.2 d) de la *Convención Americana* y que está reconocido en el Principio 8 de Los Principios básicos sobre la función de los abogados¹⁴⁶; el apartado 5c) adopta la redacción del art. 8.1 de la *Convención Americana* y se añade “en todas las fases del proceso”, en consonancia con lo establecido por el Comité de Derechos Humanos¹⁴⁷; el apartado 5 d) añade el derecho a la asistencia letrada “en todas las etapas del proceso”, en línea con lo establecido tanto por el Comité de Derechos

142 Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados, E/CN.4/1998/39/Add.1 (informe de una misión al Perú), párrs. 78-79 (se omiten las citas).

143 Comisión de Derechos Humanos, Grupo de trabajo sobre detención arbitraria, E/CN.4/1999/63, párr. 79.

144 Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi y otros (Fondo), párr. 129, 131-133, 171; Ivcher Bronstein (Fondo), párr. 112; caso Durand y Ugarte (Fondo), párr. 117 (2000); caso Loayza Tamayo (Fondo), párr. 61 (1997); caso Genie Lacayo (Fondo), párr. 84-87 (1997).

145 CIDH, caso Fuentes Guerrero c. Colombia, párr. 47 (1999); Tordecilla c. Colombia, párr. 53 (2000).

146 ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).

147 Comité de Derechos Humanos, caso Thomas (M.) c. Jamaica, párr. 6.2 (1997); caso Rogerson c. Australia, párr. 9.3 (2002); caso Smith y Stewart c. Jamaica, párr. 7.4(1999); Bennett c. Jamaica, párr. 10.5 (1999).

Humanos como por la Comisión Interamericana¹⁴⁸, adopta la redacción del art. 8.2.e) de la *Convención Americana*, más garantista que el del art. 14.3.d) PIDCP, y añade el término “eficazmente” a la representación legal, en los términos establecidos por el Comité de Derechos Humanos¹⁴⁹; el apartado 5 e) añade, a la redacción del art. 14.3.e) del PIDCP, la alusión a los peritos y otras personas que pueda arrojar luz sobre los hechos del art. 8.2.f) de la *Convención Americana*; el apartado 5 g) se añade “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza” que no se encuentra en el art. 14.3 g) del PIDCP, pero sí en el 8.2.g) de la *Convención Americana*, en el art. 15 de la *Convención Internacional contra la tortura* y por la Observación General No. 13 del Comité de Derechos Humanos¹⁵⁰.

El apartado 6 reconoce el derecho a la doble instancia penal a todo “condenado penalmente”, para evitar los problemas que ha provocado la referencia al “delito” en el art. 14.5 PIDCP¹⁵¹. También se precisa el contenido del juicio de apelación en la línea que ha marcado el propio Comité de Derechos Humanos¹⁵², y la prohibición de agravación de oficio¹⁵³.

El apartado 8 recoge el principio *non bis in idem* con la fórmula “los mismos hechos”, empleada en el art. 8.4 de la *Convención Americana*, en vez de la del “mismo delito” del art. 14 PIDCP por considerarse más amplia, aunque se incluye la fórmula “condenado o absuelto” del PIDCP frente a la de “absuelto” de la *Convención*.

El apartado 9 supone un resumen de los elementos más significativos contenidos en el art. 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*.

12. Principio de legalidad sancionatoria

El apartado 1 reúne las ventajas del art. XXV de la *Declaración Americana*, que se refiere a toda “privación de libertad”, sea por razones penales o de otra índole (frente a la “condena”, expresada en la *Declaración Universal* y en el PIDCP, sea

148 Comité de Derechos Humanos, caso Brown c. Jamaica, párr. 6.6 (1999); caso Gridin c. Rusia, párr. 8.5 (2000); CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 112; Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, p.100 (1983).

149 Comité de Derechos Humanos, caso Little c. Jamaica, párr. 8.4 (1991).

150 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 14.

151 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 17; Comité de Derechos Humanos, caso Salgar de Montejo c. Colombia, párr. 10.4 (1982)

152 Comité de Derechos Humanos, caso Perera c. Australia, párr. 6.4 (1995); caso Lumley c. Jamaica, párr. 7.3 (1999); caso Gómez c. España, párr. 11.1 (2000); caso Domukovsky y otros c. Georgia, párr. 18.11 (1998).

153 Comité de Derechos Humanos, caso Morael c. Francia, párr. 9.3 (1989).

o no a privación de libertad¹⁵⁴), pero incluye la referencia tanto a la tipificación del delito como de la pena.

Se añade un apartado 2 a este artículo en sintonía con lo establecido en el art. 15.2 del PIDCP. Se establecen como delitos de derecho internacional todos los reconocidos en los arts. 6 (genocidio) 7 (crímenes de lesa humanidad) y 8 (crímenes de guerra) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

13. Libertad de pensamiento, conciencia y religión

En el apartado 1 se hacen algunas modificaciones a la redacción del art. 18.1 del PIDCP. Por un lado se distingue entre el derecho a tener o no tener creencias, a adoptarlas o abandonarlas (en la línea de lo expresado por el Comité de Derechos Humanos¹⁵⁵, la Relatora sobre la eliminación de la intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, en el Informe publicado en 1989¹⁵⁶ y el Documento Final de la Conferencia Internacional Consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión, de convicciones, la tolerancia y la no discriminación¹⁵⁷) y el derecho a manifestar las propias creencias.

En el apartado 2, además de la prohibición general, se incluye la referencia las prácticas más habituales de medidas contrarias a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, como son la injerencia en la elección autónoma de las autoridades religiosas¹⁵⁸ y los atentados contra bienes religiosos¹⁵⁹. La última frase del apartado 2, se introduce con el mismo sentido y pretensión que ha sido expresado por el Comité de Derechos Humanos¹⁶⁰, el Relator Especial de

154 Cabe señalar que el Comité de Derechos Humanos ha advertido que el significado en el derecho interno de vocablos como “pena” y “condena” tiene relevancia limitada, ya que tales disposiciones de la normativa internacional debe interpretarse a la luz de sus propios objetos y propósitos. Van Duzen c. Canadá, párr. 10.2 (1982).

155 Comité de Derechos Humanos, Observación General No 22 sobre el art. 18 del PIDCP, HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), párr. 5.

156 Naciones Unidas, Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, serie de estudios 2, 1989, párr. 22. Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe sobre una visita a Argelia, E/CN.4/2003/66/Add.1, párr. 150.

157 Apéndice al Informe del Relator Especial para 2002. La Conferencia fue convocada para marcar el vigésimo aniversario de la adopción de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

158 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Uzbekistán, A/56/40, párr. 24; Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe E/CN.4/1993/45, párr. 135

159 Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe A/56/253, párr. 98 e). Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe sobre una visita a Argentina, E/CN.4/2002/73, Add.1, párr. 147.

160 Comité de Derechos Humanos, Observación General No 22 sobre el art. 18 del PIDCP, HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), párr. 7.

la Comisión de Derechos Humanos¹⁶¹ y por el Comité de Derechos Humanos, cuando afirmó que “una creencia que consiste de forma principal o exclusiva en el cultivo y distribución de estupefacientes no puede en modo alguno incluirse en el ámbito del artículo 18 del Pacto”¹⁶², o cuando se ha manifestado contra la aplicación de normas religiosas que discriminan a la mujer¹⁶³. Se exceptúan así del ámbito de protección de la Convención los discursos de odio, los contrarios a los derechos fundamentales, las sectas destructivas y todas aquéllas “creencias” que puedan servir de cobertura a actividades puramente criminales.

Las limitaciones a las manifestaciones externas de la libertad de pensamiento, conciencia y religión se recogen sobre la base del art. 18.3 del PIDCP, si bien redactado de conformidad con lo expresado por el Comité de Derechos Humanos¹⁶⁴. Se elimina la referencia a la moral pública, por entenderla comprendida en el respeto y la vigencia de los derechos humanos de los demás. El propio Comité de Derechos Humanos ya alertaba en su Observación No. 22 sobre el art. 18 del PIDCP 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”¹⁶⁵.

Respecto a la referencia a los derechos del niño en el apartado 4, el art. 14 de la *Convención sobre los derechos del niño* reconoce expresamente la libertad de pensamiento, conciencia y religión de los niños y niñas, pero no de forma expresa su libertad de abandonar la religión o creencias de sus padres o de los encargados de su tutela, por lo que su reconocimiento expreso supone una novedad. Sin embargo, el derecho a abandonar la religión que se venía profesando, es uno de los contenidos básicos de la libertad religiosa, por lo que debe considerarse parte de la libertad de religión de niños y niñas. En todo caso, el reconocimiento se realiza en consonancia con los derechos de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, establecidos de forma general en el art. 5 de la *Convención sobre los derechos*

161 Naciones Unidas, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial para 2002, E/CN.4/2002/73, párrs. 144 c) y 151.

162 Comité de Derechos Humanos, caso M.A.B. y otros c. Canadá, párr. 4.2.

163 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de India, A.52/40, párrs. 431, 432 y 447. Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, A/56/253, párr. 98 g). Informe sobre una visita a Argelia, párrs. 108-120 y 149.

164 Comité de Derechos Humanos, Observación General No 22 sobre el art. 18 del PIDCP, HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), párr. 8.

165 *Ibid.*

del niño, concretados en el art. 14.2 respecto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y según el criterio general de la evolución de sus facultades, como un límite al derecho de los padres y tutores. La referencia al contenido de las enseñanzas en las escuelas públicas o financiadas con fondos públicos, se corresponde a lo señalado por el Comité de Derechos Humanos¹⁶⁶.

El derecho a la objeción de conciencia se viene concibiendo como un derecho derivado del art. 18 del PIDCP, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias¹⁶⁷. La prohibición de los efectos punitivos del servicio sustitutorio se deriva de lo afirmado por el Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones Finales sobre el Informe de Colombia de 2008¹⁶⁸.

Finalmente, en el apartado 6, se introduce un “derecho al disenso” de las creencias de los demás, aunque éstas sean las mayoritarias o tradicionales de su Estado o comunidad. Por una parte, se entiende que el derecho al disenso es el corolario de la propia libertad de pensamiento, conciencia y religión, toda vez que el reconocimiento del tal derecho cobra la plenitud de su sentido en situaciones en las que de expresar el disenso se trata, toda vez que la aquiescencia con las creencias de la mayoría no suele plantear problemas de expresión en el espacio público. Sin embargo, parece conveniente expresarlo en un derecho singularizado por cuanto, de una parte, el derecho al disenso es un elemento estructural de las sociedades democráticas y, de otra, disentir de la mayoría es un elemento esencial de la construcción tanto de la identidad personal como de grupo, que se ha afirmado como un derecho humano en esta Convención. Se ha considerado oportuno introducir límites ulteriores en el caso de realidades particularmente vulnerables al proselitismo cultural, como las comunidades indígenas, respecto de las cuales debe existir un derecho reforzado de preservación de la propia cultura contra influencias externas destructivas que realizarían la asimilación cultural forzada que el derecho colectivo a la identidad cultural pretende evitar.

166 Comité de Derechos Humanos, Observación General No 22 sobre el art. 18 del PIDCP, HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), párr. 6.

167 *Ibid.*, párr. 11. *Caso Sr. Yeo-Bum Yoon y Sr. Myung-Jin Choi vs República de Corea* (CCPR/C/88/D/1321-1322/2004 de 23 de enero de 2007).

168 Comité de Derechos Humanos, Informe sobre Colombia (CCPR/CO/80/COL) 80ª sesión (2004), párr. 17.

14. Libertad de expresión e información y derecho al conocimiento

La redacción de este artículo se hace a partir de cuatro fuentes internacionales: el art. 13 de la *Convención Americana*, los arts. 19 y 20 del PIDCP, la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° Período de Sesiones Ordinarias y la Convención sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales de la UNECE, conocida como el *Convenio de Aarhus*, firmada el 25 de junio de 1998.

Se reconocen cinco derechos interrelacionados entre sí: la libertad de expresión; la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica; la libertad de información; el acceso al conocimiento; y el acceso a la información que obra en poder del Estado¹⁶⁹. Generalmente estos derechos se han venido reconociendo como parte de la libertad de expresión, sin embargo resulta oportuno reconocerlos individualmente tanto a efectos garantistas, como por razones sistemáticas, ya que los límites reconocidos en los apartados 2, 3 y 8 no operan de forma igual respecto a cada uno de los derechos reconocidos.

La Corte Interamericana ha identificado dos dimensiones de la libertad de expresión, que denomina dimensión individual y la social. La dimensión individual corresponde al derecho a expresar ideas e información, mientras que la dimensión social corresponde al derecho de difundir información e ideas por los medios de comunicación social. El derecho a recibir información también tiene una dimensión individual –el derecho de toda persona a buscar y obtener la información que le interesa–, y una dimensión social –el derecho del público a recibir información e ideas de las fuentes más diversas¹⁷⁰.

En el presente artículo, ambas dimensiones se enriquecen con el derecho de *acceso* a la información, que implica obligaciones positivas para los estados tanto en la dimensión individual (la obligación de poner medios para el acceso libre y abierto a la información y el conocimiento) como en la dimensión social (garantizar el acceso sin discriminaciones a los medios de difusión). El derecho de acceso ha sido puesto de manifiesto por el Comité de Derechos Humanos que ha expresado su preocupación por el hecho de que “los periódicos y las publicaciones extranjeras no estén fácilmente disponibles para el público

169 Comité de Derechos Humanos, Observación General No.25, párr. 25; caso Gauthier c. Canadá, párr. 13.4 (1995); Observaciones finales sobre el Informe de la RPD Corea, párrs. 11 y 23; CIDH, Informe Anual 1999, vol. III, p. 25; Informe Anual 2001, vol. III, párr. 16.

170 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, párrs. 30, 31 y 34; caso “La última tentación de Cristo” (fondo), párr. 66.

en general¹⁷¹, o por el Relator Especial en la materia respecto al acceso a internet¹⁷².

El apartado 2 se refiere a los límites a los derechos reconocidos en el apartado 1. Se recoge la prohibición de censura previa del art. 13.2 de la *Convención Americana* y se subraya el requisito estricto de la necesidad, en la línea de lo que ha venido estableciendo el Comité de Derechos Humanos¹⁷³ y la Corte Interamericana, con referencia expresa a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷⁴. En los límites consignados en el apartado b), la referencia al “peligro real e inminente” se toma del Principio 4 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*. Respecto al “mayor escrutinio por parte de la sociedad” y la prohibición de que las leyes de defensa de la privacidad y las que penalizan la expresión ofensiva inhiban o restrinjan la investigación y difusión de informaciones y opiniones de interés público, se toma de los Principios 10 y 11 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* y de la doctrina del Comité de Derechos Humanos. En una oportunidad, el Comité de Derechos Humanos indicó que la tipificación del delito de desacato es incompatible con la libertad de expresión¹⁷⁵. La CIDH ha puesto particular énfasis en la necesidad de que la legislación sobre este tipo de delitos sea derogada¹⁷⁶. El Comité de Derechos Humanos también ha señalado que “la falta de criterios en la concesión o denegación de licencias a los medios de comunicación [...] repercute negativamente en el ejercicio de la libertad de expresión y prensa [...]”¹⁷⁷. Las disposiciones legislativas que prohíben la difusión de información sobre cuestiones bancarias, comerciales y científicas, o “información inexacta”, son excesivamente restrictivas de la

171 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de la RPD Corea, A/56/40, párr. 23.

172 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe E/CN.4/2002/75, párrs. 102 y 110.

173 Comité de Derechos Humanos, caso Park c. República de Corea, párr. 10.3 (1996); caso Kim c. República de Corea, párrs. 12.4 -12.5; caso Sohn c. República de Corea, párr. 10.4; caso Ballantyne y otros c. Canadá, párr. 11.3 (1993); caso Singer c. Canadá, párr. 12.2 (1994); Observaciones finales sobre el Informe de la República de Corea, A/55/40, párr. 133.

174 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, párrs. 46 y 67.

175 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de República Dominicana, párr. 22, A/56/40, p. 52. Véanse también las Observaciones finales sobre el Informe de Marruecos, A/56/40, párr. 119, relativas al delito de injuria a los miembros de la familia real.

176 CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana, Informe Anual 1994, Cap. V, Parte V; Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2001, vol. III, p. 136.

177 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Ucrania, párr. 22, A/57/40. La misma observación señala que “el sistema de subvenciones a la prensa puede servir para suprimir la libertad de expresión.

libertad de expresión¹⁷⁸. Las disposiciones penales que prohíben la blasfemia o el menoscabo de valores religiosos, son igualmente incompatibles con el artículo 19 del PIDCP¹⁷⁹. Que los derechos reconocidos en el apartado 2.a) se extiendan a los grupos, es algo que ha sido reconocido por el Comité de Derechos Humanos¹⁸⁰.

En cuanto a la prohibición de restricción de los derechos por medios indirectos del apartado 4, que ya estaba recogida en el art. 13.3 de la *Convención Americana*, se añade una referencia a internet y a la colegiación obligatoria de periodistas, que ya estaba señalada en el Principio 6 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* y por la propia doctrina de la Corte Interamericana¹⁸¹.

El apartado 5 reconoce, por una parte, que la pluralidad y diversidad de fuentes, informaciones y opiniones es un contenido esencial de los derechos reconocidos en el apartado 1 y, por otra parte, que los Estados se comprometen a adoptar medidas eficaces que prohíban la concentración de medios de comunicación y que garanticen la igualdad de oportunidades de todas las personas en el acceso a las asignaciones de radio y televisión, así como a internet. Todo ello está reconocido en el Principio 12 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*.

El derecho a acceder a la información sobre medio ambiente del apartado 6, supone el reconocimiento de uno de los contenidos principales del art. 4 del *Convenio de Aarhus*, adoptado por ejemplo por la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, anteriormente señalado en el Principio 10 de la *Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* de 1992, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

El derecho al acceso libre y abierto a las publicaciones, datos de investigación y archivos de datos establecido en el apartado 7, recoge una tendencia que se está produciendo en diversas legislaciones nacionales de abrir el acceso a la investigación financiada, como garantía de ciertos derechos. En el ámbito del derecho a la salud, A mediados de 2009, la Organización Mundial de la Salud

178 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre los Informes de Uzbekistán, párr. 18, A/56/40, y de Marruecos, A/55/40, párr. 119.

179 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre los Informes del Reino Unido, A/55/40, párr. 310, y de Marruecos, A/55/40, párr. 119.

180 Comité de Derechos Humanos, caso Faurisson c. Francia, párr. 9.3 y 9.6 (1996); caso Ross c. Canadá, párr. 11.1 y 11.7 (2000).

181 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, párr. 67.

(OMS), luego de un prolongado debate, adoptó la Estrategia Global y el Plan de Acción en Salud Pública, Innovación y Propiedad Intelectual¹⁸² con el objetivo de “proporcionar [...] una base más firme y sostenible a las actividades de investigación y desarrollo esenciales y orientadas por las necesidades que revistan importancia para las enfermedades que afectan de manera desproporcionada a los países en desarrollo, (y) proponer prioridades y objetivos claros para la investigación y el desarrollo.” Entre sus cláusulas figura el uso de software libre, el acceso abierto a las publicaciones y los datos de investigación, el suministro voluntario de acceso a los componentes principales de los medicamentos, licencias abiertas y patentes colectivas y voluntarias. Hacia fines de 2007, el Congreso de Estados Unidos votó a favor de que los Institutos Nacionales de la Salud adoptaran el acceso abierto obligatorio para las investigaciones que financian. Bajo el nuevo modelo, el material queda bajo embargo hasta 12 meses, pero los/as beneficiarios/as tienen la obligación de cumplir con el mandato de acceso abierto al publicar los resultados de sus investigaciones, entregando una copia electrónica de los manuscritos finales de su investigación a PubMed Central, un archivo digital gratuito de ciencias biomédicas y de la vida. En enero de 2008, el Consejo Europeo de Investigación (CEI) pasó a ser la primera agencia de financiación general de la Unión Europea (UE) en adoptar el mandato de acceso abierto, aplicado a los archivos de datos y a los artículos revisados por pares.

En el apartado 8, la prohibición del discurso de odio se establece en los términos del art. 4.a) de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*.

Respecto al derecho de rectificación y respuesta no se introducen novedades relevantes.

15. Derechos a la intimidad, honra y propia imagen

Las novedades que se introducen en esta materia, respecto a lo establecido en los arts. 11 de la *Convención Americana* y 17 del PIDCP son la especificación del derecho a la propia imagen, sin que sea ya necesario derivarlo de la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada; la especificación de los criterios de proporcionalidad y necesidad para que la injerencia en estos derechos sea conforme con la Convención; y la introducción del habeas data.

Respecto a la obligación de que la ley establezca las condiciones en que la injerencia por parte de las autoridades en estos derechos puede producirse, ello es conforme con lo establecido por el Comité de Derechos Humanos,

182 Disponible en http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/A61/A61_R21-sp.pdf.

que establece que la legislación debe “especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias” provenientes de autoridades¹⁸³. A diferencia de muchos artículos del PIDCP el artículo 17 no incorpora expresamente el concepto de necesidad al definir el alcance de los límites y las restricciones permitidas. No obstante, según la doctrina del Comité de Derechos Humanos este concepto constituye el criterio adecuado para determinar la licitud de las injerencias¹⁸⁴, lo que se confirma también con su jurisprudencia, al afirmar que “el requisito de ser razonable implica que cualquier injerencia en la vida privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso”¹⁸⁵.

El acceso a la información sobre sí mismo ya estaba establecida en la Observación General No. 16, al afirmar que:

Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación¹⁸⁶.

La redacción del habeas data es idéntica a la establecida en el Principio 3 de la Declaración sobre la Libertad de Expresión aprobada en el año 2000 por la CIDH.

16. Derecho de reunión

En el apartado 1 se introduce la novedad de prohibir el sometimiento del derecho “a un régimen de autorización previa”. Tal prohibición es coherente con la naturaleza de derecho humano, toda vez que el ejercicio de los derechos

183 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 8.

184 *Ibid.*, párr. 7.

185 Comité de Derechos Humanos, caso *Toonen c. Australia*, párr. 8.3.

186 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 10. La CIDH ha adoptado la misma posición en el Principio 3 de la Declaración sobre la Libertad de Expresión aprobada en el año 2000. Véase también *Relatoría para la Libertad de Expresión*, Informe Anual CIDH, 2000, vol. 3, p. 12-15.

no se autoriza por la autoridad gubernativa, sino por exclusivo imperio del derecho, en este caso de la Convención. La prohibición de la autorización previa no excluye el régimen de comunicación, que no tiene el carácter de autorización, sino de requisito necesario para que las autoridades puedan tomar las medidas necesarias para garantizar el propio ejercicio del derecho de reunión y, en la medida de lo posible, la afectación a los derechos de otras personas.

En el apartado 2, se recogen las mismas restricciones que a los derechos de libertad de expresión, acentuando el requisito de la necesidad y del “peligro real y previsible” para el interés general o los derechos de los demás, en el marco de una sociedad democrática avanzada, mención particularmente operativa por la inmediata conexión entre las posibilidades efectivas de ejercicio del derecho de reunión y el carácter democrático de un Estado. En todo caso, la restricción al ejercicio del derecho deberá ofrecer “alternativas equivalentes a los fines legales pretendidos por sus promotores”, con lo que los cambios en el lugar o el recorrido de las manifestaciones convocadas deberá tener en cuenta el fin de publicitar las demandas con la mayor repercusión posible a la hora de ofrecer alternativas.

En el apartado 3, se incorpora el contenido de los Principios 13 y 14 de los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, adoptados por las Naciones Unidas en 1990.

17. Derecho de asociación

Las principales fuentes que se han utilizado para la redacción de este artículo son el art. 22 PIDCP, el art. 16 de la *Convención Americana*, el art. 45 c de la Carta de la OEA, el art. 5.c de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* y el Convenio No. 87 de la OIT, de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación. Debe tenerse en cuenta, por una parte, que dentro del reconocimiento de la libertad de asociación a nivel internacional entra también la libertad de sindicación o la libertad de creación de partidos y organizaciones políticas; y, por otra parte, que no existe una observación general sobre la libertad de asociación ni del Comité de Derechos Humanos ni del Comité DESC y que la jurisprudencia en la materia es escasa. Buena parte de la doctrina que ha desarrollado este derecho se ha realizado dentro de la OIT sobre la base del Convenio No. 87; la mayor parte de las facultades que se encuentran recogidas por esta doctrina se entiende que son derecho consuetudinario internacional aplicable a la libertad de asociación en general y no sólo al derecho de sindicación en particular.

El carácter fundamental del derecho de asociación en un estado democrático es evidente, pero en las sociedades contemporáneas ha cobrado un papel más central aún si cabe, toda vez que el creciente protagonismo de la sociedad civil en los procesos políticos, administrativos y judiciales se articula a través de asociaciones y organizaciones no gubernamentales y, en el ámbito internacional, se ha reconocido el importante papel que juegan en la protección, promoción y defensa de los derechos humanos a través de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En el apartado 1 se realiza un reconocimiento general del derecho de asociación con el objeto más amplio posible, siguiendo el art. 16.1 de la *Convención Americana*, al que se añade, entre los fines, el de defensa de los derechos humanos, en la línea del art. 5.c) de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*. Se ha considerado oportuno singularizar las concretas facultades que comprende la libertad de asociación y que han venido siendo reconocidos por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana y el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

En el apartado a) el derecho a formar asociaciones sin autorización previa de las autoridades estatales, establecida en el art. 2 del Convenio 87 OIT para las organizaciones sindicales y patronales, se extiende a la totalidad de las asociaciones, en el entendimiento de que el ejercicio de ningún derecho humano puede estar sometido a un régimen de autorización previa, so pena de dejar de ser tal derecho humano y convertirse en una actividad consentida por el Estado. Que se prohíba la autorización previa no quiere decir, evidentemente, que no se establezcan otros mecanismos de control de la compatibilidad legal de los fines y las actividades de las asociaciones con el ordenamiento jurídico, que no consistan en una autorización, sino en formas de comunicación o inscripción registral con determinadas consecuencias legales a efectos de responsabilidad patrimonial personal de los promotores, que no podrían beneficiarse del régimen societario de responsabilidad, de publicidad u otras de este cariz que pueda prever el ordenamiento jurídico. La principal consecuencia jurídica de la ausencia de autorización previa es que toda asociación se presume legal en tanto no exista una declaración en contrario de una autoridad competente. Por ejemplo, en el año 2001 el Comité de Derechos Humanos comentó que “El requisito legal de registro, previo cumplimiento de ciertas condiciones, establecido por el artículo 26 de la Constitución [...] constituye en la práctica una restricción de las actividades de las organizaciones no gubernamentales”, y recomendó a las autoridades “adoptar

las medidas necesarias para permitir a las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos funcionar de manera eficaz¹⁸⁷.

El apartado b) recoge la dimensión de libertad individual del derecho de asociación. La prohibición de la afiliación obligatoria, con la salvedad de los colegios profesionales, está en línea con lo establecido por la jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericana¹⁸⁸ y el Comité de Derechos Humanos¹⁸⁹.

En el apartado c) se recogen derechos reconocidos en los arts. 3, 4 y 5 del Convenio 87, el art. 45 e) de la Carta OEA y el art. 26 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales para la libertad sindical, si bien extendidos a la libertad de asociación en general. Los argumentos que sustentan la extensión de estos derechos a la totalidad de las asociaciones son, por una parte, el hecho de que en los instrumentos mencionados los derechos se reconocen tanto a las organizaciones de trabajadores como a las de empleadores, asociaciones muy distintas entre sí, por lo que no es posible sostener que tales derechos dependen de una especialidad de tipo organizativo; y, por otra parte, que sin la protección de una auténtica autonomía organizativa, el contenido de la libertad de asociación se vería extraordinariamente reducido, negando así la satisfacción de las necesidades humanas que pretende satisfacer, como es la posibilidad de que los seres humanos se unan para atender fines que trascienden su vida o su capacidad individuales. Además, tal contenido puede entender implícitamente contenido en la prohibición del art. 22.2 PIDCP que obliga a que el derecho se ejerza sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática.

En el apartado d) se recoge el principio general de que los atentados contra los dirigentes asociativos lo son contra la autonomía de las propias asociaciones¹⁹⁰, así como las garantías específicas respecto de las directivas sindicales tal y como están establecidos en el art. 26 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

En el apartado 2 se recogen las restricciones al derecho tal y como están establecidas en los arts. 22.2 del PIDCP y 16.2 y 3 de la *Convención Americana*, a los que se añade la previsión sobre el no empeoramiento de las condiciones asociativas de los miembros de las fuerzas armadas y la policía, previstos en el

187 Comité de Derechos Humanos, Informe A/56/40 vol. I, párr. 22 (Uzbekistán). Véanse también A/52/40, párr. 357 (Libano, sobre las asociaciones en general) y A/57/40, párrs. 13 y 16 (Moldavia, sobre organizaciones religiosas y políticas, haciendo referencia a los artículos 18 y 25).

188 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Baena Ricardo y otros (Fondo), párrs. 156 y 159; Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas, párr. 68. CIDH, caso Bomchil c. Argentina, párrs. 8, 13 y 18 (1988).

189 Comité de Derechos Humanos, caso J.L. c. Australia, párr. 4.2 (1992).

190 Comité de Derechos Humanos, Informe A/51/40, párr. 289 (Nigeria), 1996; Corte Interamericana, caso Baena Ricardo y otros (Fondo), puntos resolutivos 1, 2 y 4 (2001).

art. 9.2 del Convenio No. 87 de la OIT. La restricción fundada en la moral pública se elimina por entender que ya está contenida en el respecto a las libertades y los derechos de los demás.

18. Derechos de participación

Se trata de un ámbito en el que la *Convención Americana* presenta muchas deficiencias. Es el único texto internacional que presenta una disposición dedicada a las restricciones (art. 23.2) con una extensión que contradice los propios textos internacionales, entre las que se encuentran el idioma y la instrucción. La discriminación basada en el idioma está prohibida por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2), la Declaración Americana (art. 11), el PIDCP (arts. 2 y 26), e incluso por el artículo primero de la Convención Americana. En el ámbito universal, el Comité de Derechos Humanos ha confirmado que el PIDCP no permite, en el goce de los derechos políticos, la discriminación basada en el idioma ni en la instrucción¹⁹¹. El Comité de Derechos Humanos ha declarado que el requerimiento del dominio del idioma nacional a una persona que pertenecía a una minoría lingüística y que pretendía presentarse a un puesto electivo había violado el PIDCP¹⁹².

También hay otras contradicciones en el ámbito universal: La doctrina del Comité de Derechos Humanos, al igual que el artículo 23.2 de la Convención Americana, reconoce que “la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público”¹⁹³. No obstante, cabe recordar que los Principios para la protección de los enfermos mentales establecen que “Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, [...] el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes [...]” (art. 5). De acuerdo con estos Principios, toda decisión sobre la falta de competencia mental de un individuo para ejercer sus derechos requiere una decisión judicial, adoptada de conformidad con los principios de legalidad y de debido proceso, y debe ser revisada periódicamente (art. 6). La Declaración de los derechos del retrasado mental no hace referencia a los derechos políticos, pero establece que cualquier decisión de privar al retrasado mental de su capacidad de ejercer sus derechos debe basarse en la opinión de expertos y, al efecto, se deben respetar las garantías judiciales (art. 7).

191 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 3.

192 Comité de Derechos Humanos, caso Ignatane c. Letonia, párr. 7.4 (2001).

193 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 4.

Todo ello, unido a la importancia creciente de la participación directa de los ciudadanos en las decisiones públicas que han adoptado las democracias de la región, aconseja una redacción de nueva planta de estos derechos.

En primer lugar, se cambia la denominación de “derechos políticos” por la de “derechos de participación”. Ello se justifica porque de la jurisprudencia internacional se deriva que tan políticos son este tipo de derechos como la libertad de expresión, la de reunión, la de asociación o la de conciencia y pensamiento, por lo que no se justifica reservar el adjetivo de “políticos” a estos derechos y no a todos los que tienen una clara dimensión política o se reconocen precisamente para garantizar un desenvolvimiento democrático de la vida política. El elemento definidor de estos derechos no es su carácter “político” sino el de la “participación” de los ciudadanos en las decisiones que atañen asuntos públicos. A este respecto el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

Los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse. Esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación¹⁹⁴.

La redacción general del apartado 1 se toma del art. 8.1 de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, que resalta el carácter de “oportunidad efectiva” del derecho de participación y lo extiende tanto al gobierno, como a la gestión de los asuntos públicos. Se ha considerado conveniente establecer expresamente los derechos específicos que comprende el genérico “a participar”.

Los apartados a) y b) descomponen el original derecho a “votar y ser elegido” del art. 23.2 de la *Convención Americana* en dos: el derecho a elegir y ser elegido, que se correspondería con el tradicional derecho de sufragio activo y pasivo, a través de un sistema electoral con determinadas características que garanticen que todo titular del derecho pueda ejercerlo sin sufrir coacciones, injerencias indebidas o compra de votos; y el derecho a representar y ser representado, mediante un sistema de escrutinio que asegure el valor igual del voto y la igualdad de instrumentos de actuación parlamentaria a los distintos representantes. De esta suerte se entiende que el derecho no es sólo

194 *Ibíd.*, párr. 8.

a votar y presentarse a las elecciones en condiciones de igualdad, sino a una representación efectiva de los ciudadanos. Las características del sistema de voto del apartado a) y del sistema de escrutinio del apartado b) se toman de la Observación General N° 25 del Comité de Derechos Humanos¹⁹⁵, mientras que la obligación de establecer sanciones se toma de la doctrina de la CIDH¹⁹⁶. Las “condiciones básicas similares para el desarrollo de sus campañas” de las formaciones políticas, se toma de la extensa síntesis de su jurisprudencia sobre la democracia y los derechos políticos realizada por la CIDH en 1991¹⁹⁷; la equidad y transparencia en el uso de los recursos económicos y en el acceso a la información, se toma también de la doctrina de la CIDH¹⁹⁸.

El apartado c) se redacta de conformidad con lo establecido en la Observación General N° 25¹⁹⁹.

Respecto al derecho a decidir directamente del apartado d), debe tenerse en cuenta, por una parte que cuando la cuestión consiste en pronunciarse sobre aspectos fundamentales del sistema político, se reconoce que se trata no sólo del ejercicio de los derechos políticos, sino también del derecho a la libre determinación. La Observación General N°. 25 comenta que “Los derechos consagrados en el artículo 25 están relacionados con el derecho de los pueblos a la libre determinación”, pues este derecho colectivo comprende entre, otras cosas, el “[...] derecho a elegir la forma de su constitución o gobierno”²⁰⁰. Por otra parte, La CIDH ha reconocido en algunos informes la importancia de la participación directa. El informe sobre Perú, adoptado en 1993, señala que “los derechos políticos [...] no deben ser reducidos a la sola dimensión de un esporádico proceso electoral [...]”²⁰¹.

En cuanto al apartado e), la expresión “participación permanente” está tomada del art. 2 de la Carta Democrática Interamericana. Los ámbitos de participación, se toman de las Observaciones Generales del Comité PIDESC No. 4 (Derecho a la vivienda), 12 (Derecho a la alimentación) y 14 (Derecho a la salud)²⁰². La referencia a los grupos especiales se basa en la doctrina universal²⁰³, aunque también en 1997 la CIDH formuló una recomendación en

195 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párrs. 11, 19, 20 y 21.

196 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México (1998), párrs. 463-464.

197 CIDH, Informe 1990-1991, p. 560.

198 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México (1998), párr. 470.

199 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 24.

200 *Ibid.*, párr. 2.

201 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, párr. 103.

202 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, párr. 12; Observación General No. 12, párrs. 23 y 29; Observación General No. 14, párr. 54. Véanse también los párrs. 11, 17 y 34.

203 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°. 5,

el sentido de que el Estado “[...] adopte medidas para fomentar la participación de la población afroecuatoriana y demás grupos minoritarios en la adopción de decisiones a nivel local y nacional”²⁰⁴.

El apartado f) se redacta de conformidad con el art. 42.2 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

El apartado g) se redacta de conformidad con los arts. 18, 19 y 23 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por Resolución de la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007.

Respecto al apartado 2, se redacta conforme a lo señalado al comienzo del presente epígrafe y la doctrina universal. El Comité de Derechos Humanos adoptó en 1996 su Observación General No. 25 sobre los derechos políticos. Según esta Observación, los criterios generales para determinar la licitud de las restricciones al derecho a votar son la legalidad y razonabilidad²⁰⁵. Ciertos tipos de restricciones son, a priori, irrazonables y violatorias del PIDCP, a saber: la discapacidad física, la capacidad para leer y escribir, el nivel de instrucción, la situación económica y la afiliación partidaria²⁰⁶. Los requisitos relativos a la residencia no se consideran irrazonables en sí, pero no deben ser formulados ni aplicados “de forma que impidan a las personas que carezcan de vivienda ejercer su derecho de voto”²⁰⁷. La suspensión del derecho al voto en razón de una condena penal tampoco es irrazonable en sí, pero “el periodo de tal suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena”²⁰⁸. El preso sin condena no puede ser privado del derecho a votar²⁰⁹.

Los criterios generales sobre el derecho a presentarse como candidato a cargos electivos son la legalidad y la razonabilidad. Nadie debe ser privado de este derecho por la imposición de “requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio, como el nivel de instrucción, el lugar de residencia o la descendencia, o a causa de su afiliación política”²¹⁰. La afiliación a un partido político –y menos aún a un partido determinado– no debe ser requisito

párr. 14 (1994); Observación General No. 6, párr. 5 (1995); Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 23, párr. 13 (1997). Véase también la Recomendación General No. 27 del Comité para la eliminación de la discriminación racial, párr. 43 (2000).

204 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador (1997), capítulo X.

205 *Ibid.*, párrs. 10 y 14.

206 *Ibid.*

207 *Ibid.*, párr. 11.

208 *Ibid.*, párr. 14.

209 *Ibid.*

210 *Ibid.*, párr. 15.

para presentarse como candidato, ni obstáculo a la presentación de una candidatura²¹¹. Todo requisito para la inscripción de un candidato, tal como un número mínimo de partidarios, una fecha límite para la inscripción de una candidatura o el pago de un depósito, debe ser razonable y no discriminatorio²¹². Nadie debe sufrir represalias, vejámenes, ni discriminación alguna por causa de su candidatura a un cargo electivo²¹³.

Según el Comité de Derechos Humanos, la única restricción de carácter ideológico al derecho a presentarse como candidato autorizada por el PIDCP es la que se desprende de su artículo 5.1. Como este principio es muy amplio, conviene aplicarlo en forma restrictiva. La escasa jurisprudencia del Comité sobre este tipo de restricción ha sido orientada por el artículo 20 del PIDCP, que obliga a los Estados a tipificar penalmente la apología del odio nacional, racial o religioso, y la propaganda en favor de la guerra²¹⁴.

La eficacia de los derechos pasa, necesariamente, por la puesta en marcha de **mecanismos de participación activa, oportuna y efectiva** de la ciudadanía, en la toma de aquellas decisiones que afectan el ejercicio de los derechos. La democratización del sistema constituye por tanto un presupuesto fundamental para el ejercicio eficaz de los derechos.

Precisamente, el *nuevo* constitucionalismo latinoamericano es ejemplo de la positiva interacción entre las dimensiones política y jurídica. Los nuevos textos constitucionales, además de consagrar, con más o menos acierto técnico, sistemas de derechos más garantistas, se ocupan de dinamizar el sistema político, abriendo o consolidando espacios para el debate y la discusión, y democratizando el espacio público mediante mecanismos de participación ciudadana que favorezcan la prevalencia del interés general, y que puedan servir de control a los órganos políticos y a los agentes económicos.

Así, por ejemplo, en la Constitución venezolana esta cuestión adquiere centralidad. En su Preámbulo proclama una sociedad *democrática, participativa y protagónica*, y consagra en su artículo 62: “La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo”. Asimismo, el artículo 70 abre el abanico de los medios de participación al referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato,

211 *Ibíd.*, párr. 17.

212 *Ibíd.*, párr. 16 y 17.

213 *Ibíd.*, párr. 15.

214 véase la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *J. R. T y W. G. Party c. Canadá* (1983), que declara inadmisibile una denuncia de la supuesta violación de la libertad de expresión de un partido político dedicado a la diseminación de propaganda contra los judíos, párr. 8 b).

la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas *cuyas decisiones serán de carácter vinculante*, las instancias de atención ciudadana, la autogestión y la cogestión.

En efecto, para asegurar una realización de los derechos que no sólo sea eficaz sino también aceptable desde el punto de vista de la **legitimidad democrática**, resulta esencial que se asegure, por un lado, una nítida asignación de competencias y responsabilidades para que esté claro a que órgano o administración le corresponde actuar en una determinada materia, sin que se produzcan omisiones ni duplicidades innecesarias; y por otro, un ejercicio transparente y participativo del poder que garantice la adecuada formulación de políticas públicas, y su óptima implementación.

En esta medida adquiere relevancia la producción de (y el acceso a la) **información** –criterios de aplicación de los derechos, estándares de cumplimiento, indicadores, estadísticas–, y la efectiva disponibilidad de la misma por parte de cualquier ciudadano interesado. Indisolublemente unida a esta cuestión, está la **rendición de cuentas**; es decir, el deber a cargo de las instituciones, de justificar sus actos, informar sobre ellos, someterlos a la fiscalización de los ciudadanos (*contraloría social*) y, en último término, asumir responsabilidades.

Pero la participación ciudadana no debe verse limitada a la evaluación final de los resultados conseguidos, sino que es necesario habilitar mecanismos que garanticen la efectiva participación de la ciudadanía a lo largo de todo el ciclo (*decisión-diseño-implementación*). Y tras la ejecución de las políticas (o de su omisión indebida), los ciudadanos deben disponer de mecanismos para responder adecuadamente a cualquier reclamo que le sea formulado, y para reparar posibles violaciones de derechos (entre ellos, de los recursos jurisdiccionales y administrativos a que nos referiremos a continuación)²¹⁵.

Así, por ejemplo, en relación con el acceso de las mujeres a la tierra, el ACNUDH ha destacado la importancia que tiene la participación activa, libre y efectiva en la realización de los derechos. Recomienda, por tanto, que los principios de participación e inclusión se tengan en cuenta en todas las fases de los procesos legislativo y político (análisis, planificación, diseño, definición de objetivos, metas y estrategias, financiación, implementación, monitoreo y evaluación), y que el acceso a la información, la consulta y la participación en la toma de decisiones estén efectivamente garantizados²¹⁶.

215 PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2000, pp. 89-90.

216 ACNUDH, *Realizing women's rights to land and other productive resources* (2013), pp. 14-15.

En definitiva, según los estándares del DIDH, los Estados están obligados a garantizar el acceso a la información, la participación, la transparencia en la toma de decisiones y en la gestión de los asuntos públicos, los bienes y los servicios sociales, la sostenibilidad de las leyes, políticas, programas y medidas adoptadas y la rendición de cuentas, particularmente cuando las decisiones y las políticas públicas involucran la realización de los derechos. Por tanto, deberán desarrollar indicadores y habilitar mecanismos efectivos de monitoreo, supervisión y reclamación, que efectivamente empoderen a los titulares respecto de la exigencia de sus derechos.

19. Derechos de circulación, residencia y asilo

El presente artículo se redacta tomando como base el art. 22 de la *Convención Americana*, corregido y aumentado por lo establecido en el art. 12 del PIDCP, el art. 22 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado, los Principios rectores de los desplazamientos internos, la Convención de los derechos del niño, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven y las jurisprudencias universal y americana.

El carácter “imprescindible y necesario” de las medidas destinadas a la protección de los bienes jurídicos que justifican la restricción de los derechos de circulación y residencia, así como su aplicación proporcionada, tal y como se establece en el apartado 3, se basan en lo establecido por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 27 sobre la libertad de residencia y circulación. En una alusión al artículo 29 de la Declaración Universal, la Observación indica que el principio de “necesidad” significa que una medida puede considerarse “necesari[a] en una sociedad democrática”²¹⁷:

[...] los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho (véase el párrafo 1 del artículo 5); no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.

[...] no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser

217 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 11.

adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas²¹⁸.

La referencia concreta al derecho a la vida en familia como parámetro de compatibilidad que se debe tener en cuenta a la hora de expulsar extranjeros del país de residencia, también ha sido establecida por la doctrina del sistema universal. En su Observación General sobre la situación de los extranjeros con respecto a los derechos consagrados por el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos manifestó lo siguiente:

El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia²¹⁹.

Esta doctrina tiene raíces en la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *Aumeeruddy-Cziffra*, en la cual declaró que “la residencia común de marido y mujer ha de considerarse como la situación normal de una familia”, de manera que la exclusión de un cónyuge del país de su pareja puede considerarse una injerencia en la familia, a tenor del artículo 17 del PIDCP, que reconoce el derecho a la intimidad de la familia²²⁰.

La restricción de los derechos de circulación y residencia para la protección de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas establecida en el apartado 4, es una de las limitaciones admitidas en el marco del PIDCP²²¹.

218 *Ibid.*, párrs. 13-15.

219 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 5.

220 Comité de Derechos Humanos, caso *Aumeeruddy-Cziffra c. Mauricio*, párr.9.2 (1981). Véase también caso *Canepa c. Canadá*, párra. 11.4 y 11.5 (1997); caso *Stewart c. Canadá*, párrs. 4.2 y 12.10 (1997); y caso *Winata c. Australia*, párr. 7.3 (2001).

221 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 16.

Respecto al apartado 5, la prohibición de expulsión se refiere al Estado del que se es nacional, tal y como está establecido en los arts. 12 del PIDCP y 22.5 de la *Convención Americana*; sin embargo, la prohibición de privación del derecho a entrar lo es al “propio país”, como está establecido en el art. 12.4 del PIDCP. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el concepto de “propio país” es más amplio que el del “país de su nacionalidad”, pudiendo abarcar “otras categorías de residentes a largo plazo”²²². También ha señalado el Comité de Derechos Humanos que el derecho “a entrar en su propio país”, a efectos del art.12.4 del PIDCP, comprende el derecho a permanecer en el país, o sea, el derecho a establecer residencia en éste²²³.

Las facultades del extranjero en los procedimientos de expulsión del apartado 6), se redactan conforme a lo establecido en el art. 22 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

El derecho de protección contra los desplazamientos internos arbitrarios del apartado 7), se redacta de conformidad con los Principios 6, 7.3.a) y f), 8 y 28.1 de los Principios rectores de los desplazamientos internos²²⁴, documento redactado por un grupo de expertos por encargo del Secretario General de las Naciones Unidas y que hasta el momento no ha sido adoptado por ningún órgano político del sistema, pero que en realidad supone un esfuerzo de síntesis de las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y derecho internacional humanitario (DIH) relativos a la problemática del desplazamiento²²⁵.

Respecto al apartado 8), dedicado al derecho de asilo, el término se cambia por el de “refugio”, que es el que ha homogeneizado el supuesto en el ámbito universal, en principio, más amplio que el contemplado en el art. 22.7 de la *Convención Americana*. Sin embargo, la asimilación de ambos conceptos encuentra respaldo en la jurisprudencia de la CIDH que interpreta la mención –en el artículo XXVII de la Declaración Americana y en el artículo 22.7 de la *Convención Americana*– a “convenios internacionales” como una referencia a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado y a su Protocolo de 1967. El supuesto previsto en el apartado a) es el que contemplaba el art. 22.7 de la *Convención*; los contemplados en los apartados b) y c) se corresponden con el art. 1 A2 de la Convención de 1951; el recogido en el apartado d)

222 *Ibíd.*, párr. 20. Véase también Comité de Derechos Humanos, caso Stewart c. Canadá, párr. 2.1 y 2.2 (1997).

223 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 19.

224 Naciones Unidas. E/CN.4/1998/53/Add.2.

225 Véase el Informe del Representante para el año 2003, E/CN.4/2003/86, párr. 13.

se corresponde con la conclusión Tercera de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984. Se busca de este modo la definición más amplia de los supuestos subjetivos y objetivos que deben ser tenidos en cuenta por los Estados a la hora de valorar el refugio.

Como parte del derecho a la circulación se ha incluido el derecho de toda persona a acceder a un sistema de transporte público urbano e interregional eficiente, eficaz y económicamente asequible para todos. El derecho a un transporte público se encuentra incluido en el art. XIII (derecho al transporte público y a la movilidad urbana) de la Carta Mundial por el derecho a la ciudad²²⁶. Este artículo establece: “1. Las ciudades deben garantizar a todas las personas el derecho de movilidad y circulación en la ciudad, de acuerdo a un plan de desplazamiento urbano e interurbano y a través de un sistema de transportes públicos accesibles, a precio razonable y adecuados a las diferentes necesidades ambientales y sociales (de género, edad y discapacidad); 2. Las ciudades deben estimular el uso de vehículos no contaminantes y se establecerán áreas reservadas a los peatones de manera permanente o para ciertos momentos del día; 3. Las ciudades deben promover la remoción de barreras arquitectónicas, la implantación de los equipamientos necesarios en el sistema de movilidad y circulación y la adaptación de todas las edificaciones públicas o de uso público y los locales

226 El proceso que dio pie a la iniciativa de redacción de esta Carta se inició dentro de las actividades preparatorias de la II Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente que bajo el título « Cumbre de la Tierra” se realizó en Río de Janeiro, Brasil, en 1992. El Foro Nacional por la Reforma Urbana (FNRU) de Brasil, la Coalición Internacional para el Hábitat (HIC) y el Frente Continental de Organizaciones Comunes (FCOC) conjuntaron esfuerzos para redactar y suscribir en esa ocasión el Tratado sobre Urbanización “Por ciudades, villas y poblados justos, democráticos y sustentables”. Como parte del proceso preparatorio de la Cumbre de la Tierra, HIC organizó ese mismo año, en Túnez, el Foro Internacional sobre Medio Ambiente, Pobreza y Derecho a la Ciudad en el que, por primera vez, miembros de nuestra Coalición provenientes de diversas regiones del mundo debatieron sobre el tema. Unos años más tarde, en octubre de 1995, varios miembros de HIC participamos en el encuentro “Hacia la Ciudad de la Solidaridad y la Ciudadanía” convocado por UNESCO. Este encuentro abrió de hecho la participación de este organismo en el tema de los derechos urbanos. Ese mismo año las organizaciones brasileñas promovían la Carta de Derechos Humanos en la Ciudad, antecedente civil del Estatuto de la Ciudad que promulgaría años más tarde el gobierno de Brasil (1er Foro Nacional de Reforma Urbana, FNRU: Articulando la sociedad civil en Brasil. Otro hito importante en el camino que condujo hacia la iniciativa de formular una Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad lo constituyó la Primera Asamblea Mundial de Pobladores, realizada en México en el año 2000, en la que participaron alrededor de 300 delegados de organizaciones y movimientos sociales de 35 países. Bajo el lema “repensando la ciudad desde la gente”, se debatió en torno a la concepción de un ideal colectivo que diera base a propuestas orientadas a la construcción de ciudades democráticas, incluyentes, educadoras, habitables, sustentables, productivas y seguras. Un año después, ya en el marco del Primer Foro Social Mundial, se abriría el proceso conducente a la formulación de la Carta. A partir de entonces, y en ocasión de los encuentros anuales del Foro Social Mundial y de los Foros Sociales regionales, se ha venido trabajando sobre los contenidos y las estrategias de difusión y promoción de la Carta.

de trabajo y esparcimiento para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad”.

El derecho al transporte público aparece también, aunque vinculado con la protección del medio ambiente, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (principios 1, 3, 4, 5); El Programa 21 de la ONU (capítulos 3, 6,7, 9); el Protocolo de Kyoto (Artículo 2, VII), VIII)), que contemplan entre sus objetivos a mediano y largo plazo, la necesidad de implementar un transporte de carácter sostenible.

Podemos encontrar también otras legislaciones de carácter local, como la Ley de Transporte y Vialidad del Distrito Federal (México) que en su art. 101 establece también un reconocimiento del derecho al Transporte Público: “Los usuarios tienen derecho a que el servicio público de transporte se preste en forma regular, continua, uniforme, permanente e ininterrumpida y en las mejores condiciones de seguridad, comodidad, higiene y eficiencia. Cualquier persona puede hacer uso del servicio público de transporte”.

20. Derecho de Propiedad

Dentro del reconocimiento del derecho de propiedad, se distingue el contenido propio del derecho humano (el derecho a ser propietario del apartado 1), del contenido propio de los derechos patrimoniales (el uso y disfrute de los bienes privados del apartado 2), de suerte que se garantiza, por una parte, el derecho a acceder a la propiedad y, por otra parte, que los límites al uso y disfrute de los bienes privados sólo puedan establecerse legalmente y por motivos basados en la función social y ambiental de la propiedad, en el respeto a los derechos de los demás y en hacer accesible la propiedad a toda la población.

El apartado 1 se redacta de conformidad con lo establecido en el art. 5.d).v de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, si bien añade la forma colectiva de “ser propietario”, para cubrir la propiedad de las tierras y territorios ancestrales por parte de los pueblos y comunidades indígenas, reconocido en el apartado 3 conforme a la redacción del art. 26.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

El apartado 2 establece un mandato y una garantía: el mandato consiste en que la regulación de la propiedad debe orientarse a salvaguardar la función social y ambiental de la propiedad, el respeto a los derechos de los demás y el acceso a la propiedad de toda la población; y la garantía en que sólo puede limitarse por estas razones. La función ambiental de la propiedad puede incluirse en la más amplia función social, sin embargo se ha considerado señalarla separadamente en

atención a que así lo hacen constituciones latinoamericanas como la ecuatoriana (art. 31) o la colombiana (art. 58), y que así lo ha reconocido la jurisprudencia de Estados como Costa Rica (Sentencia N° 51 de 26 de mayo de 1995, de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia) o Colombia (Sentencia C-536 de 23 de octubre de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia). La alusión al respeto a los derechos de los demás, confirma el carácter indivisible e interdependiente de los derechos reconocidos en la Convención, así como la situación de potencial conflicto en que se encuentran los derechos humanos entre sí, lo que es particularmente acusado en el caso del derecho de propiedad.

El apartado 4 no presenta novedades respecto al art. 21.2 de la *Convención Americana*.

Dentro de este artículo se hace referencia también a la propiedad de las tierras indígenas. Se reconoce un hecho ya cierto jurídicamente aunque no fijado positivamente como es la posesión pacífica de amplias extensiones de tierra que en muchas ocasiones no fueron adscritas a ningún tipo de propiedad y siquiera de posesión reglada, quedando bajo la etiqueta de bienes comunales o, en la mayoría de las ocasiones, integradas bajo la consideración de demanio público de uso privativo. El reconocimiento que se puede dar a los territorios indígenas es especial, supone un reconocimiento de su posesión comunal intangible o bien un reconocimiento jurídico de un bien demanial de uso privativo; y por supuesto, en su caso, de su propiedad consolidada. No obstante debería albergarse una categoría especial tal y como ya se ha venido proponiendo y desarrollando parcialmente, y de ahí la incorporación de un concepto exclusivo como el de “tierras comunitarias de origen”.

21. Derecho a la asistencia sanitaria

Se introduce por primera vez el calificativo “gratuita”. Por lo tanto se introduce por primera vez la universalización del derecho si acaso sometido al principio de la progresividad adecuada, a la capacidad de cada Estado para hacerlo cumplir con eficacia. Se da el último paso que no habían dado los textos convencionales y sí habían dado ya algunas constituciones como las del neoconstitucionalismo latinoamericano. Se supone que es una exigencia todavía no escrita, en un tema de la máxima importancia asignada por las propias Naciones Unidas, que incluso crearon un organismo ad hoc como la propia Organización Mundial de la Salud, que ya lleva años solicitando la plena universalización de la misma, incluido el último casi monográfico informe anual al respecto²²⁷.

227 V. gr., Organización Mundial de la Salud (OMS), Informe Mundial de Salud 2013 (www.who.int/whr/es/index.html). En este mismo sentido la Directora General de la OMS, Margaret Chan, en la *Conferencia Mundial sobre los Determinantes Sociales de la Salud* (Rio, 2011).

Este derecho ha alcanzado un amplísimo desarrollo en el DIDH. Existen, por tanto, criterios y estándares suficientes para asegurar su aplicación más garantista.

En efecto, según lo dispuesto por el CDESC en su OG 14, “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” implica no sólo la ausencia de enfermedad, sino un estado de completo bienestar físico, mental y social. En esta medida, entiende que el derecho a la salud abarca “una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano” (párrafo 4). Incluye, igualmente, el derecho de acceso oportuno a la educación e información en materia de salud²²⁸.

Por otra parte, como el resto de los derechos, el derecho a la salud implica tanto *libertades* (básicamente la libertad de controlar la propia salud, y no ser sometido sin consentimiento a tratamiento alguno o experimentos médicos) como *derechos* (básicamente el acceso a un sistema de protección de la salud, lo que implica asegurar tanto la atención sanitaria como los factores básicos determinantes de la salud)²²⁹. Así como el deber de **no discriminar**, como una de las *obligaciones básicas de inmediato cumplimiento*; es decir, es necesario garantizar la igualdad de trato y adoptar medidas orientadas a satisfacer las necesidades específicas de aquellos sectores que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad (niños y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad, personas pertenecientes a minorías raciales y étnicas, y combatir la estigmatización que acompaña a ciertas personas debido a su estado de salud, como los enfermos mentales o las personas con VIH/SIDA)²³⁰.

Por otro lado, la obligación concreta y permanente de **adoptar medidas** eficaces, deliberadas y concretas para avanzar rápida y efectivamente hacia la realización plena del derecho, y en todo caso, garantizar que no se producirán retrocesos respecto de los niveles de protección conseguidos. Entre estas

228 Véase, Informe del Relator Especial, E/CN.4/2003/58, de 13 de febrero de 2003, párrafo 23; Informe A/HRC/7/11, de 31 de enero de 2008, párrafo 45; OG 14, párrafo 43.

229 Asimismo, en su Informe de 2003 el Relator incluye como parte de los derechos concretos que conforman el derecho a la salud: el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva; la higiene en el trabajo y un medio ambiente sano; la prevención y tratamiento de enfermedades (incluido el acceso a medicamentos), y el acceso al agua potable. E/CN.4/2003/58, párrafos 24 y 25; OG 14, párrafo 44.

230 OG 14, párrafos 18-27; OG 20, párrafo 33; E/CN.4/2003/58, párrafos 65-68.

medidas, se recomienda la adopción de una **estrategia nacional y un plan de acción** que aseguren el acceso a los servicios e instalaciones de salud sin discriminación, atendiendo especialmente a las necesidades de los sectores más desfavorecidos y con pleno respeto de las diferencias culturales; que garanticen una distribución equitativa de dichos servicios e instalaciones; que incluyan indicadores para evaluar los progresos alcanzados, y que en todo caso se configuren atendiendo a los criterios de participación, transparencia y rendición de cuentas²³¹.

En efecto, en la medida en que los derechos implican deberes, es necesario que se habilite una variedad de **mecanismos accesibles, transparentes, eficaces e independientes**, que permitan **vigilar y evaluar** el funcionamiento, rendimiento y resultados del sistema de salud; y en definitiva, controlar el desempeño de todas aquellas personas con responsabilidades en el mismo, y a su vez permitirles explicar y justificar sus actuaciones. Lo decisivo en todo caso, es determinar en qué medida el sistema funciona con eficacia, qué aspectos deben corregirse, y favorecer la **exigencia de responsabilidades** y la adecuada **reparación** de los posibles daños provocados por un mal funcionamiento²³². La cuestión adquiere relevancia si se tiene en cuenta que el **sector privado** ocupa un lugar cada vez más relevante en la prestación de servicios sanitarios, y sin embargo, con frecuencia su participación está insuficientemente regulada. Por tanto, es indispensable que todo agente involucrado en cuestiones relacionadas con la salud, quede sometido a los

231 E/CN.4/2003/58, párrafos 26 y 27; A/HRC/7/11, párrafos 46-50; 40-44 y 51; OG 14, párrafo 43. Estos deberes básicos pueden, a su vez, desglosarse en el esquema de obligaciones específicas internacionalmente asumidas por los Estados Partes del PIDESC: **a) la obligación de respetar** (que los Estados se abstengan de obstaculizar directa o indirectamente el disfrute del derecho a la salud; por ejemplo, limitando el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; imponiendo cualquier práctica discriminatoria, aplicando tratamientos médicos coercitivos u ocultando intencionalmente información relacionada con la salud); **b) la obligación de proteger** (que los Estados adopten medidas para impedir que terceros obstaculicen el ejercicio del derecho a la salud; por ejemplo, velando por el acceso igual a la atención y los servicios de salud proporcionados por terceros, y porque la privatización del sector no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud); **c) la obligación de cumplir** (que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud; por ejemplo, reconociendo suficientemente el derecho a la salud en el ordenamiento y adoptando una política nacional que incluya un plan detallado para el ejercicio de este derecho, medidas que faciliten el disfrute del derecho, y actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población). OG 14, párrafos 34-37.

232 Entre los posibles mecanismos de rendición de cuentas, el Paul Hunt señaló a los comisionados de la salud, los consejos de salud locales elegidos democráticamente, las audiencias públicas, los comités de pacientes, los estudios de impacto, los procedimientos judiciales, así como la labor de los medios de comunicación y las organizaciones de la sociedad civil.

mecanismos de rendición de cuentas, y sobre todo, que la **formulación del derecho en el ordenamiento jurídico interno** se haga mediante normas claras que determinen con precisión su contenido, las obligaciones que conlleva su reconocimiento, y los sujetos obligados²³³.

Adicionalmente, toda persona o todo grupo que sea víctima de una **violación del derecho** a la salud deberá contar con **recursos judiciales efectivos** u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional “[...] (y) tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos”²³⁴.

El CDESC se ha ocupado también de establecer las **condiciones mínimas** que deberán satisfacer los bienes y servicios de salud, en relación con la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad²³⁵. Y en último término, ha resaltado la importancia de que la participación del sector privado en el ámbito de la salud, esté debidamente regulada desde la perspectiva de los derechos²³⁶.

Particularmente, en lo relativo a la prestación privada de servicios sanitarios²³⁷, y el control que mantienen las empresas farmacéuticas sobre

233 A/HRC/7/11, párrafos 65 y 99-106.

234 Entre los órganos que podrían conocer de posibles violaciones al derecho a la salud, el CDESC señala a los defensores del pueblo o las comisiones de derechos humanos, los foros de consumidores, las asociaciones en pro de los derechos del paciente u otras instituciones análogas, y destaca la importancia de que se incorporen al ordenamiento jurídico interno los instrumentos internacionales en los que se reconoce el derecho a la salud, y de que los tribunales juzguen las posibles violaciones a la luz de las obligaciones fundamentales de los Estados directamente derivadas del Pacto. OG 14, párrafos 59 y 60.

235 OG 14, párrafo 12.

236 E/CN.4/2003/58, párrafos 28-30.

237 Atendiendo a su creciente influencia en la economía de los países y en las relaciones económicas internacionales, desde 2003 la Comisión de Derechos Humanos, a través de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, hizo público un documento sobre *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*. Según este instrumento, en el desarrollo de sus actividades estos agentes están obligados a respetar, promover, proteger y hacer cumplir los derechos, atendiendo especialmente a las necesidades de los grupos más vulnerables, y en todo caso, abstenerse de todo acto que impida su ejercicio. En este sentido, las corporaciones quedan sujetas tanto a las normas de Derecho Internacional, como a la legislación nacional, las prácticas administrativas, el Estado de Derecho, el interés público, los objetivos de desarrollo, las políticas sociales, económicas y culturales, y la autoridad de los Estados en los que realizan sus actividades. Igualmente, es recomendable que las empresas sean objeto de una vigilancia transparente e independiente, y de una evaluación periódica por organismos internacionales. En todo caso, si por incumplimiento de estas reglas resultasen afectados los derechos, las empresas transnacionales deberán asegurar una compensación rápida, eficaz y adecuada a las personas, entidades y comunidades perjudicadas. Los tribunales nacionales, los internacionales o ambos, en su caso, podrán intervenir en la determinación de los daños y aplicar estas normas sobre responsabilidad de las empresas, con arreglo al

la disponibilidad de medicamentos esenciales. En opinión del Relator Especial, el derecho a la salud abarca el **acceso a medicamentos** esenciales y no esenciales. Y si bien la obligación de garantizar plenamente dicho acceso será de realización *progresiva*, los Estados tienen a su cargo la **obligación básica de efecto inmediato** de lograr que los **medicamentos esenciales** estén *disponibles* y sean *accesibles* en toda su jurisdicción²³⁸. Asimismo, el Relator se ha referido a las responsabilidades de las **empresas farmacéuticas** en materia de derechos humanos, relacionadas con el acceso a los medicamentos. Estas obligaciones incluyen, el deber de formular una declaración sobre su política de derechos humanos, reconociendo explícitamente la importancia del derecho al nivel más alto posible de salud, e incorporándolo a sus estrategias, políticas, programas, proyectos y actividades. En esta labor, las farmacéuticas deberán prestar especial atención a las necesidades de las personas, comunidades y grupos más vulnerables de la población²³⁹.

Precisamente atendiendo a los términos en que el derecho está reconocido en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la el ACNUDH ha propuesto **cinco atributos esenciales**, a

Derecho nacional e internacional. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003.

Asimismo, a solicitud de la Subcomisión, desde 2002 el Alto Comisionado presentó un informe sobre las posibles consecuencias de la liberalización de los servicios sobre el ejercicio de los derechos humanos, particularmente en el marco del GATS, advirtiendo que si bien la inversión privada extranjera podía contribuir a mejorar la prestación de algunos servicios, si la reglamentación no resulta suficiente y adecuada, puede ponerse en riesgo el acceso a los servicios básicos de los sectores sociales menos favorecidos. E/CN.4/Sub.2/2002/9, de 25 de junio de 2002. Un año después, el Alto Comisionado presentó un informe adicional sobre los derechos humanos, el comercio y las inversiones, en el que se presta especial atención a las repercusiones de la privatización de los bienes y servicios, señalando que ésta no puede suponer una dejación de las obligaciones estatales en materia de promoción y protección de los derechos humanos, y que la carrera por realizar inversiones altamente rentables no debe dejarlos sin efecto. E/CN.4/Sub.2/2003/9, de 2 de julio de 2003.

Posteriormente, mediante su Resolución 2005/69, de 20 de abril, la Comisión de Derechos Humanos pidió al Secretario General que designara un Representante especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales; este mandato sería renovado por el Consejo de Derechos Humanos, mediante su resolución 8/7 de 18 de junio de 2008.

238 Que los medicamentos, esenciales y no esenciales, resulten accesibles, supone que lleguen a todas las regiones del país, que resulten económicamente asequibles para toda la población, que el acceso a los mismos no resulte discriminatorio y que se acompañen de la información oportuna para evitar cualquier riesgo en su utilización. Asimismo, los medicamentos deben ser culturalmente aceptables, respetuosos de la ética médica y de buena calidad. Informe A/61/338, de 13 de septiembre de 2006, párrafos 47-80.

239 Informe A/63/263, de 11 de agosto de 2008, y en particular, el Anexo sobre Directrices sobre derechos humanos para las empresas farmacéuticas en relación con el acceso a los medicamentos.

partir de los cuales desarrolla una serie de indicadores que permiten evaluar el grado de realización del derecho²⁴⁰:

- a) **salud sexual y reproductiva:** entre los indicadores **estructurales**, la cobertura de la política nacional sobre salud sexual y reproductiva; entre los indicadores **de proceso**, la proporción de nacimientos asistidos por personal calificado, la cobertura en materia de cuidados prenatales (número de visitas al médico durante el embarazo), la utilización de métodos anticonceptivos y la existencia de programas de planificación familiar, la proporción de embarazos que llegan a término y de nacimientos con vida, el número de denuncias y la efectiva resolución de casos de mutilación genital, violación u otras formas de violencia contra la libertad sexual y reproductiva de las mujeres; entre los indicadores **de resultado**, la proporción de niños nacidos con bajo peso, el índice de mortalidad perinatal y el índice de mortalidad materna;
- b) **mortalidad infantil y la atención de la salud:** entre los indicadores **estructurales**, el calendario y la cobertura de la política nacional sobre salud y nutrición; entre los indicadores **de proceso**, la proporción de niños en edad escolar que reciben educación sobre salud y nutrición, la proporción de niños con acceso regular a revisiones médicas durante el período de tiempo sujeto a evaluación, la proporción de niños inmunizados contra enfermedades que pueden prevenirse con vacunación; entre los indicadores **de resultado**, los índices de mortalidad entre los niños menores de 5 años y la proporción de niños menores de 5 años con bajo peso;
- c) **entorno natural y de trabajo:** entre los indicadores **estructurales**, el calendario y la cobertura de la política nacional sobre salud física y mental, sobre personas con discapacidad y sobre medicamentos (incluidos medicamentos esenciales y genéricos); entre los indicadores **de proceso**, los avances entre los grupos objetivo respecto del acceso al agua potable y al saneamiento, el número de denuncias ante la justicia por el deterioro de las fuentes de agua, la proporción de población que vive o trabaja en espacios con condiciones peligrosas, el número de denuncias relativas al entorno ambiental y de trabajo; entre los indicadores **de resultado**, la prevalencia de muertes, enfermedades, lesiones y discapacidades provocadas por un entorno natural y laboral inseguro;
- d) **prevención, el tratamiento y control de las enfermedades:** entre los indicadores **estructurales**, el calendario y la cobertura de la política nacional sobre salud física y mental, sobre personas con discapacidad y

240 E/CN.4/2006/48, de 3 de marzo de 2006.

sobre medicamentos (incluidos medicamentos esenciales y genéricos); entre los indicadores **de proceso**, la proporción de la población con acceso a programas de concienciación sobre transmisión de enfermedades, la proporción de la población mayor de un año, inmunizada contra enfermedades que pueden prevenirse con vacunación, la proporción de casos de enfermedades oportunamente detectadas y atendidas, los recursos destinados a la salud mental en el período de tiempo sujeto a evaluación; entre los indicadores **de resultado**, el índice de muertes asociadas a la prevalencia de enfermedades contagiosas y no contagiosas, la proporción de personas que consumen sustancias nocivas, la esperanza de vida al nacer y hasta el primer año de vida;

- e) **accesibilidad de los centros de salud y los medicamentos esenciales:** entre los indicadores **estructurales**, el calendario y la cobertura de la política nacional sobre salud física y mental, sobre personas con discapacidad y sobre medicamentos (incluidos medicamentos esenciales y genéricos); entre los indicadores **de proceso**, el gasto público *per capita* destinado a la atención primaria de la salud y al acceso a los medicamentos, los avances en la proporción de personal médico y paramédico, camas de hospital y otros recursos destinados a la atención primaria de la salud, y en la proporción de población con un acceso asequible a la atención de la salud (incluido el acceso a los medicamentos esenciales) y la proporción de personas con discapacidad que tienen acceso a medidas de asistencia; entre los indicadores **de resultado**, el índice de muertes asociadas a la prevalencia de enfermedades contagiosas y no contagiosas, la proporción de personas que consumen sustancias nocivas, la esperanza de vida al nacer y hasta el primer año de vida.

En definitiva, existe hoy en día un desarrollo suficiente del derecho a la salud, incluidos estándares y criterios de eficacia que brindan a los operadores jurídicos y políticos nacionales, elementos suficientes para su adecuada aplicación. Y éste es el enfoque que debe guiar la aplicación del artículo 10 del Protocolo de San Salvador, en el ámbito interamericano.

Debería considerarse la incorporación de estos extremos al texto propuesto de la Convención.

22. Derecho a la educación

Es el derecho social de acuñación más antigua. Se manifiesta ya en la Constitución de Francia de 1793. Y permanece como tal a nivel primario público durante el resto del siglo XIX francés, para irse incorporando paulatinamente en el resto

de países. El comité DESC (Observación General n° 11) es taxativo en este punto (artículo 14 del Pacto) como no lo es para ningún otro derecho²⁴¹.

El artículo no sólo hace referencia a la educación primaria, secundaria y universitaria, sino que incorpora también como una obligación del Estado la educación continuada informal para todas las edades.

23. Derecho a la vivienda

En el caso de la vivienda se trata de un derecho tópico e inserto en todos los convenios, declaraciones e incluso constituciones²⁴². El Estado coadyuvara que sea un bien asequible para las economías más bajas, porque el hogar no es sólo un bien material de refugio sino que implica el disfrute de buena parte de derechos civiles. Por otro lado la vivienda (y el suelo) han sido históricamente instrumentos recurrentes para la especulación, los enriquecimientos desmedidos y el apartheid social, hasta el punto de que ese tipo de prácticas han contribuido a generar diferentes modalidades urbanísticas de gueto y/o drenar la renta de las familias hasta límites insoportables. Por todo ello el Estado debe vigilar y regular de manera exhaustiva todo lo relativo a vivienda y suelo por ser el mejor ejemplo de cómo ahí la libertad encadena y la Ley libera²⁴³.

El aspecto más importante del derecho es el de la accesibilidad económica al tratarse de un bien de gran entidad patrimonial que puede llegar a anular una economía familiar, por ello ha sido el principal aspecto de interés por parte del Comité DESC²⁴⁴. Además de otros aspectos aquí apuntados también y, sobre todo,

241 Textualmente se dice “*Gratuidad*”. El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser tratada en el necesario plan de acción. Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría”.

242 PDESC, “El derecho a una vivienda adecuada” (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).

243 El Comité DESC dedica a ello su *Observación n° 4* apelando a la evidente conexión entre el derecho a la vivienda y todo un amplio elenco de derechos civiles: “1. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, los Estados Partes “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”. Reconocido de este modo, el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales.

244 c) *Gastos soportables*. “Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso”.

más adelante, cuando se trate el derecho a la vivienda como sistema urbanístico, tales como: Seguridad jurídica de la tenencia, Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, Habitabilidad, Lugar, Adecuación cultural²⁴⁵.

El desahucio es un instituto civil que a veces queda fuera de lo que es la consideración más esencial del derecho a la vivienda. Sin embargo el Comité ha sido extremadamente garantista también en esta cuestión de los desahucios que proscribe incluso con cierta generalidad²⁴⁶.

Los derechos asistenciales respecto a los grupos vulnerables tiene su base de provisión también en la vivienda, tomada ésta en el sentido más doméstico de la palabra, ya sea en cuanto a refugio residencial provisto por las Administraciones Públicas o bien ya sea el propio domicilio familiar para situaciones de dependencia. En este sentido debería recogerse el criterio de “asequibilidad” del Comité DESC en relación a la vivienda y grupos vulnerables que, por definición, son dependientes y no pueden valerse por sí solos sin ayuda²⁴⁷.

De manera más especial en las Observaciones DESC no monográficas, y referentes a grupos especiales tales como las Observaciones 5°, 6° y 16°. En todas ellas se recoge la necesidad de cobertura habitacional para infancia, discapacitados en general (laborales o no laborales) y personas mayores. En la misma línea la normativa donde apoyar la habilitación de cobertura estatal de refugio o acogida no es una normativa ad hoc de derechos sociales, sino que lo serían las convenciones especiales que sobre grupos vulnerables están establecidas²⁴⁸.

Hay que hacer mención especial al tema de la discapacidad tomada como un hecho propio, no afecto concretamente a los propios grupos vulnerables. Tema que tiene una regulación amplia desde la propia

245 En *Observación n° 4*. A mayor abundamiento Comisión de Derechos Humanos, resoluciones sobre la vivienda adecuada (Resoluciones 2000/9, 2001/28, 2002/21, 2003/27 y 2004/21).

246 Observación n° 4. 18.: “[...] las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional”.

247 Observación n° 4. 8. e) “[...] Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales [...]”.

248 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y su Protocolo Facultativo (1999); Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y sus dos Protocolos Facultativos (2000); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) y su Protocolo Facultativo (2006); Recomendación de la OIT n° 115 sobre la vivienda de los trabajadores (1961); Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, Resolución 46/91 de la Asamblea General (1991).

Observación N° 5 del Comité DESC, que está facturada monográficamente en este tema. Observación monográfica que resulta paradójica pues en el propio Pacto no se contempla el hecho de la discapacidad cuando se redactó el Pacto hace más de 25 años. La filosofía del Comité es acercar al discapacitado a un ambiente y entorno lo más ordinario posible, incluida su permanencia en el domicilio familiar. Para ello la Observación prescribe una prestación material obligada, conectándola con toda una serie de normativa al respecto²⁴⁹.

El derecho a la vivienda se vincula también con la protección de la familia. Así, por ejemplo, en sus *Conclusiones* al informe presentado por Grecia (2011), el CEDS señaló que también en virtud del derecho de la familia a protección social, jurídica y económica (artículo 16), los Estados están obligados a adoptar medidas destinadas a facilitar el acceso de las familias a una *vivienda adecuada*, que satisfaga las condiciones esenciales en materia de servicios básicos. Y en el mismo sentido (extensivo o ampliado), se ha pronunciado en numerosos contenciosos. La satisfacción del derecho a la vivienda es, por tanto, presupuesto necesario para garantizar la protección de individuos y familias frente a la pobreza y la exclusión social. Y a su vez, la garantía del derecho a la vivienda exige condiciones suficientes de *habitabilidad*, es decir, estándares mínimos en cuanto a privacidad y acceso a los servicios básicos de agua, saneamiento, luz, calefacción, etc.

Según este criterio, en la Reclamación 58/2009 (*Center On Housing Rights an Evictions* (COHRE) contra Italia) el CEDS declara que el Estado vulnera el derecho a una vivienda adecuada y asequible (artículo 31.1, 31.2 y 31.3) para las personas sin techo de la población Rom y Sinti, en relación con los artículos 16 (derecho de la familia a protección social, jurídica y económica), 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia), 30 (derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social) y E (prohibición de discriminación) de la CSER, debido a la insuficiencia de políticas destinadas a mejorar las condiciones de habitabilidad en sus campamentos, atendiendo a las particularidades socioculturales de estas comunidades nómadas.

249 Los instrumentos internacionales de derechos humanos más recientes sí han tratado específicamente esta cuestión. *V. gr.* Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (párrafo 4 del artículo 18); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (art. 18). De manera monográfica el tema tiene un documento relevante en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos (Asamblea General en su resolución 37/52, 1982), con continuidad hasta la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006 (que entraría en vigor en 2008).

Por su parte, el TEDH también ha realizado una interpretación extensiva del derecho al respeto a la vida privada y familiar, previsto en el artículo 8 del CEDH, extendiendo su ámbito de protección (más allá de la inviolabilidad del domicilio) respecto de aquellas situaciones en que individuos y familias ven arbitrariamente afectadas sus condiciones de vida. El TEDH ha establecido que el derecho a la vida privada incluye la integridad física y psicológica de una persona, y que tiene por objeto garantizar el desarrollo, sin interferencias, de la personalidad de cada individuo también en sus relaciones con los otros²⁵⁰. Pero además del deber de los Estados de abstenerse de interferir arbitrariamente en la vida privada de las personas, los Estados tienen, en virtud del artículo 8, obligaciones positivas destinadas a garantizar ese derecho.

En el *Caso Moldavan y otros contra Rumanía*²⁵¹ el TEDH concluyó que el incumplimiento reiterado por parte del Estado para poner fin a las violaciones de los derechos de los demandantes constituía una violación, de naturaleza continuada, del artículo 8. En efecto, varias familias gitanas habían denunciado que tras la destrucción de sus casas, con intervención de agentes estatales, se habían visto obligados a sobrevivir en condiciones de hacinamiento y falta de higiene, con efectos perjudiciales sobre su salud y bienestar, lo que afectaba su dignidad y generaba en ellos y sus familias sentimientos de humillación y degradación.

24. Derechos vinculados al trabajo (trabajo, salario mínimo, seguridad social, prestación por desempleo, jubilación, indemnización por despido, vacaciones pagadas, sindicación, negociación colectiva, huelga, cobertura por enfermedad)

Definibles como aquellos relativos a la actividad laboral, al puesto de trabajo y a su relación jurídico-profesional con el empleador o empresario.

La mayoría de estos derechos recogen derechos ya acuñados en las diferentes convenciones universales y regionales ya citadas. Derechos como el derecho a la huelga, a la sindicación, a la negociación colectiva, a la seguridad e higiene en el trabajo o a la capacitación. No obstante merece especial mención la redacción maximalista de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1948), en donde ya se mencionan los espacios vacacionales, las pagas extras e, incluso el reparto de beneficios.

250 *Caso Botta contra Italia*, Sentencia de 24 de febrero de 1998.

251 Sentencia de 12 de julio de 2005.

Otro derecho clásico es el de la seguridad social. La seguridad social fue reconocida como un derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (“toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social [...] derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”)²⁵². Reconocido en varios tratados latinoamericanos e incluso europeos²⁵³. Así como de forma reiterada en las reuniones de la OIT²⁵⁴.

La Observación N° 19 del Comité insta a que los métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de las prestaciones, y que “los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto”²⁵⁵.

Ya el propio Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su artículo 6 y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el artículo 7, apelando al derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, incluida la seguridad de las condiciones de trabajo. El derecho colectivo del trabajo se corresponde con el artículo 8 del Pacto. Además el propio Comité DESC mantiene una Observación Global (N° 18) sobre el Derecho al Trabajo, pero a su vez se remite a otras Observaciones donde redunda en los mencionados derechos laborales. La fuente más específica donde se desgranar los derechos aquí mencionados es la de la Organización Internacional del Trabajo²⁵⁶.

25. Derecho a una renta básica

Históricamente, los criterios utilizados para determinar la titularidad o el acceso a los derechos no han sido la condición de persona, sino muchos otros. Criterios de edad, género, económicos. La mayoría de estos criterios desaparecen, al

252 Art. 22, art. 25.1

253 Artículo XVI de la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*; artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención americana sobre derechos humanos (*Protocolo de San Salvador*); artículos 12, 13 y 14 de la *Carta Social Europea* (1996).

254 Desde ya el *Convenio 102* de la organización.

255 *Observación n° 19*, apartado 22 (“Nivel Suficiente”).

256 Convenio 98 sobre derecho a sindicación y negociación colectiva; Convenio 131 sobre salarios mínimos; Convenio 132 sobre vacaciones pagadas; Convenio 148 sobre medio ambiente de trabajo; Convenio 154 sobre negociación colectiva; Convenio 155 y 187 sobre seguridad y salud de los trabajadores; Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo; Convenio 175 sobre el trabajo a tiempo parcial; Convenio 183 sobre la protección de la maternidad.

menos formalmente, en el siglo XX, sin embargo son reemplazados por otros nuevos como la nacionalidad o el trabajo-salario.

El trabajo-salario como criterio de acceso a la mayoría de derechos sociales fue eficaz durante la Europa del siglo XX en una sociedad industrial del pleno empleo, donde la condición social de asalariado era común; pero presenta hoy muchas contradicciones entre derechos sociales y nuevas formas de trabajo. Esta contradicción es especialmente latente en América latina donde hay una gran cantidad de trabajo informal no asalariado. La existencia de múltiples formas de trabajo precarias regidas por relaciones diferentes a la del “contrato de trabajo subordinado” de gran parte de las prestaciones laborales y derechos sociales todavía condicionados y medidos en tiempos de trabajo asalariado efectivo, significa un límite para que los derechos sociales clásicos vinculados a la forma salario sean eficaces a la hora de generar igualdad para una amplia masa de población. Ello impone el reto de tener que desligar o romper, definitivamente, el vínculo entre condiciones de vida digna y prestaciones sociales derivadas directamente del trabajo-salario, apostando por nuevas formas de generación de igualdad universales e independientes de la naturaleza y tiempos de trabajo efectivo realizados.

Por esta razón se plantea la necesidad de reconocer el derecho a una renta básica de aquellas personas sin recursos suficientes para mantener una vida digna, ya sea por qué tienen a su cargo personas dependientes que les impiden trabajar, por qué no encuentran trabajo o han agotado la prestación de desempleo y no consiguen trabajo, por qué no tienen derecho a una pensión de jubilación o ser ésta insuficiente, por qué de su actividad productiva no obtienen los recursos suficientes para una vida digna, o por cualquier otra causa o circunstancia. Estas personas tendrán derecho a recibir una renta básica que les permita vivir dignamente durante el tiempo que no dispongan de recursos suficientes.

26. Iniciativas de economía social cooperativa y acceso al sistema crediticio público

Una de las maneras que tienen los Estados para generar igualdad es adoptar un rol activo en el proceso productivo, pero ¿cómo el Estado debería intervenir en el proceso productivo?

Si bien debemos aceptar que la posición de partida entre la economía privada capitalista caracteriza por concentrar la riqueza y la economía social comunitaria caracterizada por distribuir la riqueza y tener una actividad respetuosa con la naturaleza, de intercambio en condiciones de igualdad con las economías de

otros Estados, etc., es hoy claramente favorable a la primera que está en situación de hegemonía frente al carácter minoritario, dependiente y subalterno de la segunda; y también aceptando que un intento de poner fin, de manera brusca, al desarrollo y crecimiento de la economía privada capitalista para trasladar, sin periodo de transición, todo el peso de la producción a la economía social comunitaria, causaría consecuencias económicas desastrosas; podemos afirmar que un texto jurídico al servicio de la igualdad en debería optar por la promoción de la economía empresarial social cooperativa. El reconocimiento del carácter plural de la economía debe ir acompañado de un mandato a los Estados de potenciar mediante la concesión de créditos, tecnología, ventajas fiscales, apertura de mercados, etc. el fortalecimiento y crecimiento de esta forma de organización económica (social cooperativa) con el objetivo de invertir su carácter minoritario, puesto que se trata de formas productivas que por su naturaleza contribuyen al desarrollo de un modelo de igualdad integral en mayor medida que el sector empresarial privado.

Con este artículo se establece pues que la política financiera de los estados, a través de la banca pública, debe considerar como objetivo el hecho de que el sector económico social comunitario pueda acceder a financiamiento a coste razonable y asimilable para la rentabilidad normal del proyecto productivo emprendido.

27. Derecho a los servicios públicos básicos y servicios públicos de comunicación esencial

El derecho a los servicios públicos básicos y servicios públicos de comunicación esencial han sido los grandes olvidados tanto de los textos internacionales como de los textos constitucionales. Apenas hay una somera alusión a los primeros en el art. 11 del Protocolo de San Salvador. Habrá que esperar a la Carta Social de las Américas (2012), para que, estos primeros, sean atendidos en su artículo 16 de manera genérica. Un olvido en el que incurre incluso también el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en función de ello no tenemos tampoco ninguna disquisición doctrinal por parte del Comité DESC.

Sólo puede encontrarse un ámbito donde se hable de servicios públicos con extensión. Este marco es el de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), donde desde 1985 se vienen monitoreando todas las directrices que surgen de Naciones Unidas así como se analiza las medidas que van adoptando los diferentes países. Su informe recopilatorio aporta una serie de perspectivas y conclusiones de como potenciar la universalización, mejora y asequibilidad de los servicios públicos. Como

suele ocurrir en una gran mayoría de los informes de Naciones Unidas se evita mencionar medidas especialmente concretas y mucho menos contundentes²⁵⁷.

Tampoco las Constituciones clásicas mencionan este tipo de derechos, salvo en alguna alusión genérica a los servicios públicos. Una vez más son los textos del nuevo constitucionalismo los que sí los definen como derechos o como insertos en un sistema de derechos. El texto que más se explaya al respecto es la Constitución de Ecuador que lo hace dentro de su sistema de derechos relativo a sectores estratégicos, servicios y empresas públicas²⁵⁸.

Los aquí denominados derechos de servicios se componen de objetos y objetivos imprescindibles para la vida cotidiana de las personas ya que lo conforman las bases materiales imprescindibles para el discurrir cotidiano después del derecho a la alimentación. Forman parte del núcleo de los servicios públicos: a) los servicios públicos energéticos (agua, saneamiento, luz, hidrocarburos); b) los servicios públicos de telecomunicación (telefonía fija, telefonía celular, internet).

A pesar de la su casi inédita presencia ius-normativa se consideran la base del Estado social, en su papel de interventor y gestor.

28. Consumidores y usuarios

Hasta el momento, no se ha producido un reconocimiento de los derechos de consumidores y usuarios en los tratados internacionales que integran el DIDH. Sin embargo, existen referencias a las obligaciones de los Estados que de ellos se derivan el sistema internacional en las *Directrices de Naciones Unidas sobre Protección al consumidor*, aprobadas por Resolución 39/248, de 9 de abril de 1985 (actualizadas en 1999), de la Asamblea General y en subsistemas regionales como Mercosur (Resolución N° 124/96 del Grupo Mercado Común del 13 de diciembre de 1996 sobre Derechos Básicos del Consumidor y de la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del MERCOSUR de Florianópolis, del 15 de diciembre de 2000)²⁵⁹; igualmente, se ha señalado reiteradamente la relación de los derechos de los consumidores y usuarios con otros derechos

257 Cfr., UNCTAD, Informe sobre la aplicación de las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor.

258 Incluido dentro del Régimen de Desarrollo, Capítulo quinto del Título VI, en sus artículos 313 a 316.

259 El 22 de diciembre de 1996 se firmó en Santa María, Brasil, el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en materia de relaciones de consumo, el cual fue aprobado por Decisión CMC 10/96, pero este protocolo contiene una cláusula que obstaculizó su entrada en vigencia, ya que su art. 18 establece que no se tramitará su aprobación hasta que no sea aprobado el Reglamento Común del MERCOSUR para la Defensa del Consumidor, el cual no se ha dictado hasta el presente.

humanos expresamente reconocidos²⁶⁰ y con derechos reconocidos a categorías especiales de sujetos en Tratados más recientes, como la *Convención sobre los derechos del niño* (derecho de información: art. 13; derecho a la salud: arts. 24, que obliga a los Estados Partes luchar contra las enfermedades y la malnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre” y 25; derecho de educación: art. 29) o la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer* (derecho a la educación y de información: art. 10 y 14, donde se establece que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua”; protección a la salud: arts. 11 y 12). Incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México lo ha reconocido ha reconocido los derechos del consumidor como derechos humanos²⁶¹.

Todo ello, unido al hecho de que la inmensa mayoría de los Estados que pertenecen a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo han adoptado legislaciones o reconocido derechos constitucionales que en términos generales recogen las *Directrices* de Naciones Unidas²⁶², llevan a pensar que se trata de una cuestión que no genera polémica a nivel internacional.

La referencia concreta a los ámbitos de los servicios financieros y del comercio electrónico se justifica porque se trata de actividades que no se reflejaron en su momento en las *Directrices* y que distintos Estados han manifestado como problemáticas en el ámbito de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo²⁶³.

260 Trato equitativo y dígito: art- 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Protección de la salud: art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 1 y 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 5 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La educación para el consumo: art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Constitución de asociaciones de consumidores y usuarios: art. 22 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, art. 16 del Pacto de San José de Costa Rica, 22 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tutela Judicial Efectiva: art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

261 Amparo directo, D.C. 82/2012. Quejosa: Procuraduría federal del consumidor. Acuerdo del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 29 de marzo de 2012, página 156 y ss.

262 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Informe sobre la aplicación de las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (1985-2013)*, 29 de abril de 2013 (TD/B/C.I/CLP/23), pp. 3 y 22. Disponible en: http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd23_es.pdf.

263 *Ibid.*, pp. 20-22.

29. Los derechos colectivos de los pueblos y naciones indígenas

Toda declaración, convenio o texto referente a derechos de los pueblos indígenas es un relato continuado de derechos que benefician a un colectivo determinado. El mayor y casi único obligacionista de tales declaraciones es el Estado. En principio podría parecer asimétrico y discriminatorio respecto al resto de ciudadanos la consolidación y desarrollo de esta perspectiva. Sin embargo esta situación no representa sino una reconducción jurídico-política que equilibra una estructura histórica de continuo desequilibrio. Por ello hay que partir reconociendo la legitimidad del derecho colectivo indígena bajo varias perspectivas y elementos que puedan darnos esa plataforma teórica de equilibrio sobre la que sustentar tal despliegue de derechos especiales colectivos:

1. Estado y constitucionalismo excluyentes.- La posición del constitucionalismo clásico ha sido mono-etnocéntrica, aquella por la que cualquier derecho étnico venía a ser un cuerpo extraño en los textos constitucionales. Hasta la segunda mitad del siglo XX no se reconocen los derechos de las minorías, fundamentalmente respecto a personalidad cultural y en último extremo a introducir de forma retórica la cuestión indígena. En Teoría del Estado se parte del supuesto hipotético de cómo la formación de un Estado se realiza a través de un pacto social entre los distintos habitantes de un territorio concreto. Sin embargo este presupuesto es una de las construcciones teóricas más falaces, puesto que prácticamente no se conoce casi ningún caso, entre cientos posibles, por el cual el nacimiento del Estado se correspondiera con un pacto entre cuyas partes estuviera representada una parte esencial de la población y mucho menos de la población originaria indígena. Los Estados expropiaban todos los espacios (soberanía) y no devuelven dicha expropiación en forma institucional sino que por el contrario discriminan, sojuzgan y someten.
2. Reparación histórica, vulnerabilidad y protección política.- El incumplimiento del contrato social y el quebrantamiento constitucional por parte de los nuevos Estados y sus clases dirigentes respecto a los pueblos indígenas tendrían una larga data que nos llevarían en pleno siglo XX a la aceptación internacional del esclavismo y del derecho laboral penal. Los mundos indígenas fueron las poblaciones más castigadas en cuanto a condiciones estructurales en un etnocidio y genocidio de largo recorrido. Es un motivo para su reconocimiento en forma de reparación y protección. Ya fueran Estados absolutos o Estados liberales no protegieron a los componentes

de dichas minorías siquiera de la eliminación física, del trabajo forzado o del esclavismo. Es un largo lapso que transcurre desde comienzos de la instauración del Estado Moderno (S.XV) hasta finales de la II GM; para ello sirva como referencia toda la literatura al respecto, desde Las Casas al reconocimiento implícito del esclavismo a nivel de texto jurídico (Convenio 50 de la O.I.T., año 1936). Un correlato de violencia física, anulación política, explotación económica, o bien deportación o huida hacia aquellas tierras inaccesibles y de refugio.

3. Reconocimiento jurídico especial. No asimilable a simples minorías o naciones culturales. Los pueblos indígenas no reivindican la integración no discriminatoria en los diferentes sistemas nacionales y estatales como unas simples minorías pretéritamente discriminadas. Tampoco reivindican el estatuto futuro de Estado como lo hacen las denominadas naciones culturales.
4. Reconstrucción del espacio vital dominado y generación secundaria de espacio vital efectivo.- A través de los derechos colectivos el Estado vendría a suplir la expropiación (eliminación de espacios dominados por colectivos y grupos étnico-origenarios) que de todos los espacios económicos y sociales efectuaría el propio Estado y, sobre todo, el instituto sobrevenido de la propiedad privada institucionalista; es decir aquella propiedad privada que es asignada ex novo por el Estado posteriormente a la expropiación de propiedad privada natural ya fuera individual o colectiva.
5. Protección de la deslocalización estatalista y del actual modelo de soberanía difusa.- Una nueva legitimación de los derechos colectivos indígenas vendría dada por la actual sinergia de crisis en conceptos tradicionales clásicos como el de soberanía o Estado-Nación. En este contexto difuso de desterritorialización y desratalización -asumido como realidad no por presuntos enemigos o actores alternativos del estatu quo sino por los propios protagonistas directores y grupos hegemónicos- los grupos socio culturales tienen derecho a ir articulando posibles alternativas de organización y reconocimiento. A no ser que se piense que sólo las organizaciones mercantiles y los grupos financieros deben ir viendo crecer sus posibilidades de organizarse y gestionar colectivamente. Posibilidades reales a tenor del crecimiento y sofisticación que está encontrando en la dinámica globalizadora el derecho mercantil, el derecho internacional privado y la hermenéutica pasiva y omisiva del propio derecho constitucional. La actual crisis del sistema económico de 2008-2014 ha patentizado como numerosos colectivos no organizados o no organizados suficientemente han quedado a merced de los derechos de deslocalización, a merced de los modelos ius-privado de formación difusa, bajo los que se organizaban todo tipo de complejos

financieros y entramados industriales. Este es un motivo más que suficiente por el que los colectivos indígenas se ven legitimados para optar por modelos definidos como “difusos”. Ante la presencia de un estado de cosas en donde la primera categoría difuminada es la propia soberanía de los Estados.

6. Reconstrucción de su ciudadanía y función simbólica para una recuperación del derecho a la dignidad.- El derecho colectivo ejercerá en no pocas ocasiones la función de símbolo sobre el que reconstruir. No sólo de derechos colectivos sino de derechos individuales. Partiendo de lo que se concibe como un mísero presente se reivindica el derecho a desarrollarse bajo el sentido de la comunidad (uno colectivo) y, en función de ello, de la apreciación del uno individual. El símbolo colectivo como instrumento para la recuperación de la estima individual. El enunciado de los derechos colectivos aunque sólo fuera a nivel simbólico habría cubierto un espacio psicológico-social imprescindible también para la eficacia de los propios derechos individuales.

Los derechos colectivos indígenas sí tienen un amplio prontuario normativo sobradamente conocido. En un principio desde la Organización Internacional del Trabajo (Convenios 107 y 169), posteriormente las Constituciones latinoamericanas fueron anexando capítulos referentes a derechos indígenas para, finalmente, ser establecida en sede de Naciones Unidas la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). A nivel regional latinoamericano dura ya lustros el debate/elaboración/reflexión sobre una declaración regional de derechos. Declaración que no ha llegado aún pero que, sin embargo, ha generado de resultas un voluminoso y muy valioso material²⁶⁴. En última instancia también tenemos un producto de regulación minuciosa y más expansiva en los textos del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

El articulado que se presenta en materia de derechos de los pueblos y naciones indígenas intenta equilibrar las resultas de estos cinco espacios jurídicos.

a) Libre determinación de los pueblos y naciones indígenas

El primer derecho colectivo de todos es el derecho a la libre determinación de los pueblos, recogido ya en la Declaración Universal de 1948, y de forma especial y concreta en las resoluciones 1514 y 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Un derecho específico que se generaría para la problemática central de la descolonización. Actualmente -aunque sólo sea formalmente- el proceso de

264 Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos / Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Registro del estado actual del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas 2012* (OEA/Ser.K/XVI/ GT/DADIN/doc.334/08 rev. 7).

descolonización está prácticamente terminado. No obstante restan dos casos emblemáticos sobre los que están muy concienciados la práctica totalidad de Estados latinoamericanos, como son Palestina y Sahara Occidental; hasta el punto de haber sido reconocidos como Estados.

Por otro lado se hace alusión a otro tema de pasadas y presentes consecuencias letales como es la cuestión de la neo-colonización económica. Tal y como se visibiliza en el artículo no se alude a toda determinación económica sino a la de resultas insoportables y esencialmente lastrantes del modelo de desarrollo económico y de desarrollo humano.

b) Cultura, tradiciones e historia

El reconocimiento de este derecho formaría parte de los derechos de rehabilitación. La reparación alude a un bloque sistémico de libertades, coberturas, devoluciones e indemnizaciones, sin embargo, la rehabilitación alude a un derecho de reconstrucción del ser y estar indígena en su relación con la visión de la *otredad*, es decir con la percepción negativa que tiene uno (una cultura) del “otro” (otra cultura). Durante siglos las culturas indígenas han estado despreciadas o, cuando menos, minusvaloradas en la realidad social y en el imaginario cultural colonialista o criollo. De ahí la necesidad de un derecho de reconstrucción socio-cultural general del imaginario indígena a cargo del Estado central y que no tenga como destinatario directo de provisión al colectivo indígena.

c) Pluralismo jurídico

El derecho de los indígenas a su propia jurisdicción puede considerarse un derecho inscrito dentro de lo que se puede considerar un sistema de pluralismo jurídico consensuado (o limitado), ya que en este caso el derecho se inscribe dentro del reconocimiento a una muy amplia autonomía pero delimitado por una línea competencial básica. Ello quiere decir que nos encontramos no ante un sistema de pluralismo jurídico indígena puro -sólo susceptible de ser practicado por colectivos no contactados- sino ante otra modalidad que entraría dentro del marco posible constitucional de los Estados. Ya que de otra manera, otra tipología de pluralismo jurídico y de segregación indígena pura, no entraría dentro del marco mínimo de acepción de lo que es un Estado, el cual, por definición, no puede aceptar un ejercicio de la coacción y de la violencia por parte de un actor político individual o colectivo totalmente desvinculado de cualquier plataforma o base de acuerdo político-jurídica.

d) Demarcación territorial de los pueblos y naciones indígenas

Se hace muy conveniente establecer unos criterios de demarcación territorial, que si bien no pueden ser milimétricamente establecidos sí lo deben ser con referencia a referentes naturales. En ocasiones no es cuestión fácil de establecer por no haber sido siquiera considerado por los propios pueblos en su concepción no propietarista de la existencia.

Tema diferente es cuando las fronteras interestatales separan a pueblos y/o comunidades de idéntico referente étnico o incluso de distinta tipología étnica. Las fronteras estatales son estructuras establecidas de manera absolutamente ajena a la cosmovisión indígena, que separaron pueblos y comunidades. En este caso forma parte de la lógica jurídica de la reparación establecer un derecho a la organización transfronteriza apelando a la organización mancomunitaria.

30. Derecho a un medio ambiente sano y reconocimiento de los derechos de la naturaleza

En la Convención se incorpora el derecho clásico de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. No obstante, y en la línea de las últimas constituciones latinoamericanas, con el objetivo de superar la concepción antropocéntrica de la naturaleza, se ha incorporado una de las novedades introducidas en la Constitución ecuatoriana de 2008 y en la Ley de la Madre Tierra boliviana Ley 300, de 15 de octubre de 2012: el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos.

Con la Ilustración y la revolución francesa, adquirió cuerpo el concepto de progreso, la eclosión de la filosofía materialista y el materialismo de las ciencias naturales tuvieron un peso importante en este proceso. La idea del progreso del saber dio origen a la idea del progreso técnico y ésta a la del progreso social. Entendido en términos técnicos, como desarrollo económico y productivo, el progreso se ha conformado, desde entonces, en abierta oposición a la naturaleza. Aparece una concepción antropológica de la naturaleza y del ser humano como su principal propietario, dueño, ocupante y administrador. La propia aparición, en las últimas décadas, del derecho ambiental no rompe esta lógica, en tanto su función no es otra que desarrollar una acción “dosificadora” sobre la explotación de la naturaleza, esto es, regular los niveles de contaminación “aceptables” en pos de su funcionalidad para la utilidad de los hombres, pero sin variar la posición no de igualdad, sino de subordinación, de la naturaleza respecto los seres humanos. En los últimos años y en contraposición a la visión antropocéntrica, están apareciendo nuevas concepciones en el ámbito del derecho que plantean

una equiparación o igualdad de la naturaleza con los hombres, abogando por el reconocimiento, igual que los seres humanos, de derechos para la naturaleza.

El primer antecedente en este sentido fue, seguramente, el voto particular u opinión discrepante emitida por el juez William O. Douglas en la sentencia *Sierra Club*²⁶⁵ *v. Morton* [405 U.S. 727 (1972)]²⁶⁶ del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El objeto del litigio fue la autorización concedida por el Servicio Forestal de los Estados Unidos a la *Walt Disney Corporation* para construir un gran complejo recreativo que incluía hoteles, restaurantes, remontadores, aparcamientos de coche de nueve plantas, etc. en el Mineral King Valley, paraje natural ubicado en el sur del parque nacional de la Sequoía. El juez, fundamentándose en el artículo *Should trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects* del profesor de la University of Southern California, Christopher D. Stone²⁶⁷, abogó por el reconocimiento de los derechos subjetivos del Mineral King Valley como ser vivo, constituyendo el primer antecedente en la praxis jurídica de defensa de los derechos de la naturaleza. En su voto particular, el juez Douglas defiende, en primer lugar, la necesidad de reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos. Al igual que estamos acostumbrados a reconocer como poseedores de personalidad jurídica y derechos a otras formas inanimadas no humanas como las empresas, una embarcación, etc. que se equiparan a las personas en muchos procesos judiciales, los valles, prados alpinos, ríos, lagos, playas, cordilleras, bosques de árboles, ciénagas, o incluso el aire, afirma el juez, deberían tener también capacidad de litigar para defender sus derechos, por eso este caso concreto no debería llamarse *Sierra Club v. Morton*, sino *Mineral Valley v. Morton*. Y, en segundo lugar, defiende la posibilidad de una acción ciudadana para la defensa de los derechos de la naturaleza. Teniendo en cuenta que la naturaleza no puede activar un proceso judicial por ella misma pues no puede hablar, la única manera de garantizar la protección de sus derechos es que cualquier persona que tenga una relación íntima con el bien natural a punto de ser herido o contaminado, ya sea porque “pasea, nada, acampa o simplemente asiste a este para sentarse en soledad”, debe ser reconocido como un vocero legítimo de este y tener legitimidad para accionar en defensa de la naturaleza. “El problema es asegurarse de que los objetos inanimados, que son la esencia misma de la belleza de

265 Sierra Club es una de las más grandes e influyentes organizaciones ecologistas de los Estados Unidos que fue quien presentó la denuncia.

266 <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/>

267 C.D. Stone, “Should trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects”, *Southern California Law Review*, 45. 1972. pp. 450-501. En 1974 el trabajo fue publicado como libro por la editorial William Kaufmann (Los Altos, California) y ha sido objeto de sucesivas reimpresiones (la última tercera edición en Oceana Publications, de 2010).

Estados Unidos, tienen portavoces antes de ser destruidos”. Estas son las razones por las cuales el juez William O. Douglas manifestó su discrepancia con la resolución de la Corte denegando la demanda del Sierra Club por no tener un interés privado directo afectado. Años más tarde, el Tribunal Superior de Hamburgo habría de dar respuesta, ante un asunto similar, a la cuestión de si las focas del Mar del Norte tenían derechos (Resolución del tribunal Administrativo de Hamburgo (Beschluss VG Hamburg) de 22 de septiembre 1988 (NVwZ, 1988, pp. 1058-1061). Aunque también en este caso la respuesta del tribunal fue negativa. Más allá de estos antecedentes, la norma de referencia en la actualidad en cuanto al reconocimiento de los derechos de la naturaleza es la Constitución ecuatoriana de 2008. El texto constitucional ecuatoriano reconoce, en su art. 10, a la naturaleza como sujeto de derechos autónomos y desarrolla éstos en el Capítulo séptimo del Título II (Derechos de la naturaleza). Además, al otorgar a los derechos de la naturaleza aplicabilidad directa (art. 11.3) e igual jerarquía (art. 11.6) que el resto de derechos constitucionales, ubica los derechos de la naturaleza en posición de plena igualdad con los derechos de los seres humanos. Después del reconocimiento por la Constitución de la naturaleza como sujeto de derechos, los jueces del país han emitido diversas sentencias donde se interpreta el daño ambiental per se, el daño causado a la naturaleza, como un daño autónomo y diferente del daño civil ambiental [puede verse, por ejemplo, el caso Nelson Alcívar y otros contra oleoducto de crudos pesados (OCP) Ecuador S.A. (2009)²⁶⁸; o Marcelo Franco Benalcazar vs. Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. (2010)²⁶⁹]²⁷⁰. Y, otras donde se resuelve a favor de ríos y en contra de la Administración pública. Un ejemplo de ello es la sentencia de la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja, de 30 de marzo de 2011, donde se resuelve a favor del río Vilcabamba y se condena al Gobierno Provincial de Loja por el impacto ambiental producido por la obra de ensanchamiento de la carretera Vilcabamba-Quinara que depositó grandes cantidades de piedras y material de excavación sobre el río.

268 Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja. Resolución al Recurso de Apelación, dictado dentro de la causa 218-2008-S-CSJNL, el 29 de Julio de 2009, dentro del juicio por daños y perjuicios seguido por Nelson Domingo Alcívar Cadena y Ab. Ernesto García Fonseca, Procurador Judicial de los señores José Amaguay y otros; en contra de Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A.

269 Sentencia dictada el 26 de enero de 2010 por el Juez Vigésimo Segundo de lo Civil de Pichincha.

270 Antes de estas sentencias, un antecedente que había establecido la separación del daño ambiental a la naturaleza como daño autónomo y diferente del daño civil ambiental había sido la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, de 20 de junio de 2006, en el caso “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)” (M.1569.XI). (Ver: <http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/07/2007-07-20-Caso-Mendoza-Riachuelo.pdf>).

Con posterioridad a la Constitución de Ecuador, el reconocimiento de derechos de la naturaleza se ha incorporado en la legislación de otros países como Bolivia, aunque no por vía constitucional sino legislativa.

En la Constitución boliviana no se supera todavía la concepción antropocéntrica de regular el derecho de las personas a un medio ambiente sano. Por su ubicación en el texto constitucional, la regulación del medio ambiente debe clasificarse en dos partes. La regulación del mismo que, bajo la forma de derechos fundamentales, se hace en la sección I (*Derechos al medio ambiente*) del Capítulo quinto de los derechos sociales y económicos. Y, la regulación que, dentro de la cuarta parte de la Constitución (*Estructura y organización económica del Estado*), se hace en el Título II (*Medio ambiente, recursos naturales, tierra y territorio*).

En cuanto la primera parte, los derechos al medio ambiente, se trata de una sección corta que contiene sólo dos artículos meramente enunciativos, uno referidos al derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado (art. 33) y otro que otorga legitimidad activa a las personas, a título individual o en representación de una colectividad, para ejercitar acciones legales en defensa del medio ambiente (art. 34). La regulación detallada, en la Constitución, de la materia medioambiental se establece en la segunda de las partes citadas.

No es hasta después de la aprobación de la Constitución, que se reconoce la naturaleza como sujeto de derechos en Bolivia, concretamente a través de la Ley Marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien, de Bolivia (Ley 300, de 15 de octubre de 2012).

31. Derecho a la seguridad nacional económica comercial

La seguridad comercial requiere especial visualización. Ha sido tema puntero en las últimas décadas con la problemática de los tratados de libre comercio. Tratados de libre comercio que se han planteado y gestado con amplios beneficios para potencias hegemónicas como es el caso de Estados Unidos y que han podido producir la decadencia o incluso quiebra de sectores de la producción. En este sentido es especialmente grave el tema relativo a la producción agropecuaria.

Aquí se trata simplemente de plantear las dos consecuencias nefastas de dichos tratados y atajarlas con brevedad y contundencia, censurando cualquier política de tratado comercial-arancelaria que suba los precios de los alimentos y bienes de consumo básicos y cualquier tratado que implique la depauperación crónica de sectores productivos sin que cuando menos suponga beneficio para otros sectores productivos reales (no financieros o especulativos).

A este artículo sobre seguridad comercial le podría ser aplicado también el mencionado apoyo del artículo 40 de la Carta OEA.

32. Derecho a la paz

Todas las declaraciones de derechos y dogmáticas constitucionales comienzan proclamando el derecho a la vida. La coyuntura humana donde más se vulnera el derecho a la vida es una guerra.

El término paz -incluso en su acepción más simple y esencial como ausencia de guerra- es tal vez el término más utilizado políticamente junto a “libertad” y “justicia”. Se proclama, se desea y se enuncia miles, decenas de miles de veces en un año. Pero, sin embargo, asistimos a una gran paradoja: la guerra -y por lo tanto la paz- apenas está reglada e institucionalizada.

Hablar de guerra y derecho es hablar de una ausencia casi total de reglamentación sobre la misma. Tanto a nivel nacional como internacional. Podría parecer increíble que el hecho más grave en las relaciones humanas -de las más terribles consecuencias- esté sin regular apenas y, por lo tanto, carezca de las más mínimas garantías y controles. Esta situación de extrema menesterosidad jurídica se desarrolla tanto en el plano inter- nacional como nacional:

A) Internacional. Cobertura bajo una normativa presuntamente importante, de la que llega a ocupar dos capítulos de la Carta de Naciones Unidas (cap. VI-VII). Lamentablemente la Carta es un documento de eficacia contenida y controlada, que se caracteriza por:

A.1) El breve y escuetamente programático tratamiento de la Paz como principio.

A.2) El amplio elenco de dificultades que se abren para su ejecución. Condicionado por la actual conformación de su único órgano decisorio-ejecutivo, ya que el Consejo de Seguridad tiene conformación oligárquica. Este actúa como un lastre para una comunidad internacional que, de esta manera, carece de dinámica propia ya que todas las decisiones pasan por la estrategia de las cinco potencias hegemónicas con derecho a veto. Por lo tanto el sólo veto de una, o el consenso tácito de todas, ha paralizado cualquier acción proveniente del marco de Naciones Unidas.

B) Nacional. Una normativa absolutamente insuficiente. En la mayoría de las normativas de los distintos países no hay una sola línea que regule el conflicto armado desde la perspectiva de su iniciación, motivaciones, causas y fines -*ius ante bellum*-. Si acaso sus textos constitucionales -y sólo en la mitad de las ocasiones- mencionarán la declaración de guerra a cargo del

Jefe del Estado o del Ejecutivo con la aquiescencia, o no, de algún cuerpo legislativo. Son menciones breves, cuando no simplemente solemnes. En la mayoría de las ocasiones ni siquiera se formalizan (¿algún gobierno hace declaraciones formales de guerra?). De esta manera la guerra *-horror maximus-* queda activada de la mano de un decreto, una orden ministerial o una simple decisión del consejo de ministros.

Estamos ante una de las mayores paradojas de nuestra civilización: la vida de centenares de miles de personas, las libertades de millones de seres humanos, el hábitat de generaciones presentes y futuras, está en manos de simples decisiones administrativas de consejo de ministros. Este hecho ha sido recurrente no sólo en la prehistoria de nuestra sociedad moderna, en los albores del Estado Moderno o en toda la práctica militarista y colonialista del Estado liberal sino incluso hasta en el ahora mismo. La última guerra de Irak ha sido un buen ejemplo de ello. Ninguno de los Estados intervinientes ha tenido que someterse a la complejidad constitucional o normativa que debería merecer la trágica máxima trascendencia de provocar un conflicto armado.

Por lo tanto, el Derecho a la Paz no es una frivolidad, ni un exceso iusnaturalista ni una provocación libertaria sino que se hace necesario su reclamo ante la orfandad de la convivencia pacífica, ante el imperium de lo bélico, ante la insoportable banalización jurídica del conflicto armado. Había que comenzar a recorrer otra vía teórica y jurídica para intentar apuntalar una regulación jurídica profundamente insuficiente. A ello nos referimos cuando hablamos de “institucionalización” o “constitucionalización” del derecho a la paz o del conflicto armado: a despojar a la sociedad internacional y a los actores y poderes hegemónicos de toda pro-actividad bélica con proyección arbitraria, interés espurio o coartadas sofistas. Por el contrario, un real nuevo orden internacional consistiría en estimular la estructuración de algo tan clásico como la tríada compuesta por normas, competencias y controles. Tan clásico como obvio y tan obvio como difícil.

Institucionalización insuficiente como ha quedado de manifiesto con los últimos acontecimientos mundiales. La guerra fría no era la causa omnisciente de los conflictos. Como tampoco era “guerra fría”. La guerra fría era un escenario de *bella gerant alli* (“hagan otros la guerra”). Era guerra fría para las principales potencias hegemónicas -Unión Soviética/Pacto de Varsovia y Estados Unidos/OTAN- pero era escenario de guerra abierta interna y externa para el resto de espacios geopolíticos. Por lo tanto la mal llamada guerra fría no era el mejor escenario para la preparación del futuro sino el espacio natural de dos sistemas que se han demostrado irreversiblemente siniestros. La desaparición del bloque

soviético ha demostrado que la cultura guerrerrista está más presente que nunca. Como se ha disparado la violencia real y, sobre todo, la violencia teórico-discursiva a nivel mundial -después de la caída del bloque soviético- es un ejemplo de ello.

No obstante el Derecho a la Paz es otro de los derechos colectivos que ha empezado a generar literatura y expectación desde hace dos décadas²⁷¹. Ha tenido muy poca normatividad como tal derecho por la dificultad de su concreción. Ha navegado por lugares comunes y por ambigüedades diversas. No obstante dicha ambigüedad y generalidades permanentes, llegado el momento, pueden ser marcos normativos medianamente útiles que funjan de aperturas para posteriores elaboraciones más concretas. Actualmente el Derecho a la Paz se encuentra en dicha fase y ningún operador jurídico universal o regional ha querido dar pasos más osados. El texto mayormente emblemático en la actualidad es la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, aprobado en 1999 por la Asamblea General, tras la presión a la que fue sometida por diversos documentos de la Unesco al respecto²⁷². Con anterioridad consta una brevísima Declaración también de la Asamblea General, pero que es importante ya que en ella se menciona el concepto “derechos” (Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, 1984).

En todas las anteriores declaraciones se hace un repaso voluntarista a lo importantes que son todos los derechos para configurar una Cultura de Paz. Es decir es como si la paz fuera ante todo una consecuencia del desarrollo de todos los demás derechos. Y sí, por supuesto que la paz será más posible dentro de una cultura previa de paz por la que se desarrollen lo más posible todos los derechos. Pero no es suficiente, habría que esforzarse por avanzar un poco y posibilitar que los Estados se obliguen a generar unos mecanismos internos de control de dinámicas y control de conflictos armados; además de temas colaterales a los conflictos armados como sería el caso del aprovisionamiento y comercio de armas.

271 A este respecto *vid.* F. PALACIOS, “Globalización, discurso belicista y estado de excepción universal. Sobre la necesaria institucionalización del Derecho a la Paz”, en *Revista Paz y Conflictos*, n° 1, Instituto de la Paz y los Conflictos, pp. 28-59.

272 En este sentido es destacable el documento interdisciplinar elaborado por la Unesco en Manila (1999).

CAPÍTULO V

Justificación de la Parte III de la Nueva
Propuesta de Convención: Órganos de
garantía y funcionamiento

V. JUSTIFICACIÓN DE LA PARTE III DE LA NUEVA PROPUESTA DE CONVENCIÓN: ÓRGANOS DE GARANTÍA Y FUNCIONAMIENTO

1. El papel de la Comisión y de la Corte: articulación entre las funciones judiciales y políticas en la protección y promoción de los derechos humanos

Más arriba señalábamos una serie de problemas estructurales del SIDH relativos a la articulación entre los mecanismos estrictamente judiciales de protección de los derechos humanos y las funciones de supervisión política que también tiene encomendadas el sistema. En términos generales, veíamos cómo la estructura del SIDH se había pensado para un patrón de violación de los derechos humanos por parte de estados dictatoriales diseñados precisamente para el desconocimiento de aquéllos o por parte de Estados con grandes dosis de autoritarismo y poco comprometidos con la garantía de según qué derechos humanos. En este contexto, las funciones políticas de denuncia y deslegitimación por parte del SIDH cobraban una relevancia mayor que la función jurisdiccional subsidiaria de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, veíamos también, que la problemática actual de los derechos humanos en la región no responde a ese patrón original de acción criminal de los agentes del estado (aunque desgraciadamente persiste en algunos Estados que sufren o han sufrido conflictos armados como es el caso de Colombia), sino a la pervivencia de patrones estructurales de denegación y violación de los derechos humanos incluso en Estados bienintencionados y comprometidos con la democracia. Estos patrones estructurales pueden dividirse en dos grandes conjuntos: la discriminación hacia grupos tradicionalmente excluidos y con particularidades diferenciadoras que deben ser tenidas en cuenta a la hora de definir y proteger sus derechos humanos; y la existencia de *déficits* y *omisiones* del sistema jurídico e institucional en su conjunto que provocan directamente la exclusión o la franca obstaculización de la integración en los procesos políticos decisionales, del acceso a la justicia y a la protección social de amplios sectores de la población.

Esta situación reclama una rearticulación compleja de las funciones del SIDH, pero también original, que tenga en cuenta las tendencias del Sistema universal y de los sistemas regionales, pero someténdolas a una crítica basada en las necesidades y particularidades latinoamericanas:

1.1. La judicialización del sistema y la posición procesal de la Comisión

La persistencia de patrones de discriminación parece reclamar una decidida potenciación de la función de protección jurisdiccional con un amplio acceso de las víctimas y de las organizaciones de protección de los derechos humanos que las asisten y representan. Ello permitiría desarrollar una jurisprudencia que sirva de referencia a las autoridades locales y que vaya permeando los sistemas jurídicos y judiciales locales.

Sin embargo, puesto que no se trata de casos aislados, sino de patrones estructurales de discriminación, dicha jurisprudencia no puede incidir exclusivamente sobre la definición del ámbito protegido por el derecho y la concreción de las acciones violatorias que se consideran prohibidas, sino que debería orientarse precisamente a señalar las estructuras discriminatorias, así como las normas y las prácticas institucionales que resultan funcionales a su mantenimiento y que, precisamente por ello, resultan contrarias al reconocimiento convencional de los derechos humanos.

Para que la Corte pueda cumplir a cabalidad este contenido de su función jurisdiccional de protección de los derechos humanos, resulta enormemente útil la existencia de un órgano como la CIDH que pueda realizar estudios sobre la situación y evolución de los derechos humanos en los Estados, visitas *in loco* y que plasme esos patrones estructurales de discriminación en el disfrute de los derechos humanos en informes periódicos y los ponga de manifiesto en su intervención en el propio proceso jurisdiccional.

La Comisión ha creado varias relatorías para enfocarse en ciertos grupos vulnerables y/o para promover áreas temáticas. Las relatorías se asignan a Comisionados; recibiendo cada una de ellas un reducido equipo de apoyo de uno a tres abogados (con la excepción de la Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión que está dirigida por un Relator Especial y cuenta con el apoyo de seis miembros). Las relatorías temáticas juegan un papel en la tramitación de casos individuales. De hecho, muchas de las relatorías redactan decisiones sobre la admisibilidad y fondo de las peticiones y casos relacionados con sus respectivas áreas temáticas, litigan o apoyan en los casos que se llevan ante la Corte sobre sus respectivas áreas, e incluso financian parcialmente las costas procesales de aquellos casos. Las relatorías también asisten y proporcionan conocimientos especializados a la Comisión en la tramitación de dichos casos 11. Más aún, las relatorías juegan un papel importante en el seguimiento que se le da a las recomendaciones de la Comisión, promoviendo su implementación.

¿Cómo potenciar simultáneamente la función judicial del sistema y la atención a los factores estructurales y sistemáticos de violación de los derechos humanos de manera que funciones como un círculo virtuoso?

Para dar respuesta a esta pregunta deberá analizarse primero las dos grandes prácticas de judicialización que se han dado en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos: la que corresponde al Sistema europeo con los Protocolos 11 y 14 al Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos; y la que corresponde a las reformas reglamentarias de la Corte IDH y de la CIDH que desde 2011 vienen introduciéndose en el Sistema interamericano.

a) *La judicialización del Sistema Europeo de protección de los derechos humanos.* En 1950 se crea el Consejo de Europa y, con él, unos mecanismos de protección de los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Durante varias décadas, la garantía de esos derechos fue responsabilidad de tres órganos: la Comisión de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Al igual que en el Sistema Interamericano, las demandas, tanto de los Estados como de los particulares, habían de interponerse ante la Comisión. No había, pues, un acceso directo al Tribunal. La Comisión debía decidir sobre la admisibilidad de la demanda, exponía los hechos, contribuía a la resolución amistosa de los casos, y emitía su opinión sobre la posible violación del Convenio y el modo de resolver el asunto. Si aceptaba la demanda, la enviaba al Tribunal, pero sólo si el Estado había aceptado su jurisdicción. De no ser así, remitía el caso al Comité de Ministros. Éste aparecía como un órgano político que podía resolver los litigios emitiendo unas resoluciones *cuasijurisdiccionales*. En la práctica, no obstante, todos los países aceptaron la jurisdicción del Tribunal y las demandas –tanto de particulares como de Estados– se sometían a su examen tras superar el filtro de la Comisión de Derechos Humanos.

El Protocolo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998, elimina el filtro previo de la Comisión y las funciones *cuasijurisdiccionales* del Comité de Ministros, instituyendo como único órgano de control el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de carácter permanente y jurisdicción obligatoria, ante el que en las mismas condiciones que los Estados parte los particulares tienen legitimación activa para deducir demanda una vez agotadas todas las vías de recurso existentes en el ordenamiento jurídico del Estado demandado, a fin de que un órgano judicial, independiente e imparcial decida mediante sentencia vinculante

si ha habido o no violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos adicionales normativos.

A pesar de estar en funcionamiento desde 1959, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado el 90% de sus sentencias entre los años 1998 y 2009, años en que ha estado en funcionamiento el Protocolo 11.

Con la entrada en vigor en 2010 del Protocolo 14 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, destinado a aliviar de la sobrecarga de trabajo al Tribunal, su funcionamiento queda como sigue: el Tribunal está compuesto por 47 jueces, elegidos por cada uno de los Estados signatarios del Convenio. Un juez único decide sobre las demandas manifiestamente inadmisibles. Un Comité de tres jueces puede pronunciarse por unanimidad sobre la admisibilidad y el fondo de un asunto sobre el que ya exista jurisprudencia consolidada del Tribunal. Una demanda puede también recaer en una Sala de siete jueces que se pronuncia por mayoría, la mayor parte de las veces sobre la admisibilidad y el fondo del asunto. Excepcionalmente la Gran Sala de diecisiete jueces puede ser llamada a pronunciarse sobre un asunto. Esto sucede cuando una Sala se inhibe a su favor o cuando una solicitud de reenvío es aceptada.

El Protocolo 14 modifica el artículo 46 del Convenio asegurando que las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los litigios en que sean partes. La sentencia definitiva del Tribunal es transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución. Se prevén, asimismo, medidas sancionadoras frente a los Estados que no acaten una sentencia definitiva.

- b) *La débil judicialización del SIDH.* El SIDH nació, de manera poco ortodoxa, con el establecimiento de la CIDH en 1959, por Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores realizada en Santiago de Chile, antes de que existiera un tratado de derechos humanos. Más tarde, el sistema fue institucionalizado formalmente mediante la entrada en vigor, el 18 de julio de 1978, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que incorporó la CIDH y creó la Corte IDH.

El sistema plantea al menos dos problemas de índole procesal y orgánica:

- i) La desigualdad en el objeto y los mecanismos de protección de los derechos humanos entre Estados. En la actualidad, el sistema de casos tiene al menos tres diferentes modelos, según los derechos que puede proteger y el órgano y tipo de protección –judicial o cuasi-judicial– que ofrece. Primero se encuentra el amparo interamericano judicial, que opera en relación

con aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana²⁷³ y reconocen la competencia de la Corte Interamericana²⁷⁴. Este mecanismo protege los derechos reconocidos en la Convención y otros instrumentos interamericanos que así lo prevén, mediante un recurso judicial ante la Corte luego de concluido el trámite ante la CIDH. El amparo interamericano cuasi-judicial tiene a la vez dos vertientes:

La *convencional*, para aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana pero que no reconocen la jurisdicción de la Corte²⁷⁵. Esta vertiente cuasi-judicial convencional también protege los derechos reconocidos en la Convención pero sólo a través de la Comisión. El amparo interamericano cuasi-judicial *declarativo*, que tutela los derechos incluidos en la Declaración Americana mediante el accionar de la CIDH y se aplica a los Estados miembros de la OEA que no han ratificado la Convención Americana²⁷⁶.

En definitiva, existe una situación de desigual protección para todas las personas en las Américas, tanto sustantiva como procesal. Mientras que la jurisdicción de la Comisión en relación con la protección de derechos humanos en todos los Estados miembros de la OEA hace que el mecanismo de casos individuales sea universal, la esfera de protección y los mecanismos de supervisión aplicables varían de una categoría de Estados miembros a otra. Algunas personas se benefician de las provisiones más específicas de

273 Adicionalmente, debe resaltarse que la Comisión y la Corte tienen jurisdicción para recibir y tramitar amparos interamericanos en relación con peticiones concernientes a otros tratados interamericanos de derechos humanos, tales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (artículo 12); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículos 8 y 16) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 19, inciso 6).

274 Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Venezuela y Trinidad y Tobago, a pesar de haber ratificado la Convención y aceptado la jurisdicción de la Corte, han denunciado la Convención.

275 Dominica, Granada y Jamaica.

276 Los Estados a los que sólo se les aplica la Declaración son Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, Santa Lucía, Saint Kitts and Nevis, San Vicente y las Granadinas, y Trinidad y Tobago. La Comisión tiene facultades sobre estos Estados en virtud de ser un órgano principal de la OEA y por las atribuciones que le otorga el artículo 20 de su Estatuto. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Ser. A. No. 10 (1989), párrs. 35-45; CIDH, James Terry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, Informe Anual 1986-1987, párrs. 46-49, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros c. Estados Unidos de América, Informe N° 51/01, caso 9903, 4 de abril de 2001.

la Convención, mientras que otras dependen solamente de la Declaración Americana; de modo similar, algunas personas pueden tener sus derechos asegurados mediante un mecanismo que concluya con un procedimiento contencioso judicial ante la Corte Interamericana, mientras que otras solo pueden buscar reparación mediante un limitado mecanismo cuasi judicial ante la Comisión.

- ii) La Convención no asigna ningún rol específico a la víctima en el procedimiento de amparo jurisdiccional ante la Corte IDH. Sólo los Estados y la Comisión gozan de *locus standi* para iniciar el procedimiento ante la Corte (art. 61) y el art. 57 establece que la CIDH debe comparecer en todos los casos que se lleven ante la Corte. Desde su primer Reglamento de 1980, la Corte asignó a la Comisión el papel de demandante, y el Reglamento de la Comisión la facultaba para enviar como delegado a cualquier persona que designara. Para paliar la falta de participación de las víctimas, en 1991 se modificó el Reglamento de la Corte, permitiéndose incluir entre los delegados de la Comisión a representantes de las víctimas²⁷⁷.

Una nueva reforma del Reglamento de la Corte en 2001 permitió a las víctimas someter a la Corte argumentos, mociones y pruebas, aclarándose que la expresión “partes en el caso” se refería a las víctimas y a los Estados, reservándose para la Comisión el calificativo de parte procesal²⁷⁸. La Corte también establecía que si la demanda de la Comisión no contenía los nombres y dirección de los representantes de las víctimas, la Comisión “será la representante procesal de aquéllas como garante del interés público[...] de modo a evitar la indefensión de las víctimas” (art. 33.3), pero si las víctimas tenían representante legal, éste seguía siendo parte de la delegación de la Comisión (art. 22).

Esta reforma planteaba una situación contradictoria, y un tanto absurda. Desde el punto de vista de la Comisión, aunque, en tanto que órgano de la OEA y por tanto del Sistema, se calificaba como parte procesal, lo cierto es que su rol de demandante establecido en el art. 22 del Reglamento de la Corte IDH no había cambiado, pero además asumía la representación de la presunta víctima. Desde el punto de vista de las víctimas, cuando la representación era asumida por la Comisión, éstas carecían de autonomía

277 Ver Reglamento de Corte aprobado durante su Período Ordinario de Sesiones XXIII, realizado desde el 9 al 18 de enero, 1991, artículo 22.

278 Corte IDH, Reglamento aprobado por la Corte durante su Período Ordinario XLIX realizado entre noviembre 16 al 25, 2000 y enmendado parcialmente durante su Período Ordinario LXI , de noviembre 20 a diciembre 4, 2003, artículo 23.

en el proceso, sin poder solicitar o decidir actuaciones diferentes a las establecidas por la Comisión; pero incluso en el caso de que contaran con representación propia, su posición seguía siendo dependiente de la posición real de demandante que seguía correspondiendo a la Comisión. Desde el punto de vista de los Estados, se veían obligados a litigar contra dos partes, aunque la Corte IDH rechazó que ello significara una violación de la igualdad procesal a efectos de las normas convencionales²⁷⁹. Y desde el punto de vista del proceso, la posibilidad de las víctimas de formular peticiones a la Corte y de presentar pruebas, además de la Comisión, significaba en muchos casos repetición de argumentos, incremento de interrogatorios y contrainterrogatorios que alargaban mucho las audiencias sin que en muchos casos alcanzara a verse la utilidad de la reiteración.

La reforma de los Reglamentos de la Comisión y la Corte en el año 2001 produjo importantes efectos, entre los que se pueden mencionar: mayor número de casos enviados a la Corte; mayor participación autónoma de las víctimas ante el tribunal; incremento exponencial de la jurisprudencia interamericana; mayor número de decisiones de admisibilidad de la CIDH y disminución de informes finales publicados por la Comisión. Hay un descenso en el total de casos decididos por el sistema. En suma, la judicialización del procesamiento, particularmente a través de la división de las etapas de admisibilidad y fondo ante la Comisión y la mayor remisión de casos a la Corte, paradójicamente no ha traído aparejado un aumento en la productividad en el procesamiento de peticiones y casos. Pero ha reafirmado el rol de la Comisión como un órgano de admisibilidad a través de un significativo aumento en el número de admisibilidades independientes aprobadas desde la entrada en vigencia de su Reglamento²⁸⁰.

Sin embargo, la participación de la Comisión en el proceso ante la Corte y la asistencia directa a las víctimas, se entendía como un remedio frente a la debilidad que las víctimas siempre tienen frente al Estado, y como una forma de asumir los gastos que genera el envío de un caso a la Corte, y que son inalcanzables para las víctimas.

Las reformas de los Reglamentos de la CIDH y de la Corte IDH de 2009²⁸¹, realizados de común acuerdo entre ambos órganos con consulta de los

279 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 25.

280 Vid. CIDH, *Informe Anual 2013*, Capítulo II (B. Estadísticas) en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/docs-es/InformeAnual-Cap2-A-B.pdf>.

281 La Comisión adoptó su reglamento reformado en su 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009. La Corte lo hizo en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

Estados y de las organizaciones de la sociedad civil, intentaron resolver estos problemas. Según la Exposición de Motivos del Reglamento de la Corte, la intención consistía en establecer que la Comisión no sería más la contradictora del Estado y que las víctimas tendrían una participación plena e independiente en el proceso ante la Corte IDH.

El art. 71 del Reglamento CIDH eliminó la posibilidad de que los peticionarios pudieran ser parte de la delegación de la Comisión ante la Corte. El art. 73 establece que, si la Comisión decide someter un caso a la Corte, notificará la decisión al Estado, al peticionario y a la víctima y que transmitirá al peticionario todos los elementos necesarios para la preparación y presentación de la demanda, por lo que se entiende que no es ya la Comisión quien presenta la demanda. La redacción del art. 74.1 no permite a la Comisión hacer peticiones a la Corte contra el Estado, por lo que su papel parece reducirse a iniciar el procedimiento ante la Corte con el informe del art. 50 de la Convención, explicando las razones del envío.

Correspondientemente, el Reglamento de la Corte IDH establece que, una vez remitido el informe del art. 50 de la Convención (cuyo contenido se regula en el art. 35 del Reglamento), las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (art. 40), limitados por los hechos de la contienda limitados por la Comisión. El Estado contestará tanto a esta delimitación de los hechos como al escrito interpuesto por las víctimas (art. 41).

Los cambios producidos en las etapas escrita y oral ante la Corte IDH, llevó en su momento a que algunos analistas certificaran un cambio en el rol de la CIDH, de instructora y demandante, a instructora y defensora del orden público de los derechos humanos²⁸²: por una parte, la CIDH no puede presentar testigos, sino sólo peritos y cuando se afecte de forma relevante el orden público interamericano (art. 35.f); por otra, no puede participar en el interrogatorio de los testigos y peritos ofrecidos por el Estado y las víctimas, salvo que así lo autorice la Corte y “cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos y su declaración verse sobre alguna materia contenida en un peritaje ofrecido por la Comisión” (art. 52.3).

282 Cfr. C. Medina Quiroga, “Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte”, p. 122. Disponible en: <http://www.anuarioicdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/17001/20530>. Sobre esta tendencia, cfr. V. Abramovich, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Derecho PUCP*, n° 63, 2009, pp. 129-130. Disponible en: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/18187>.

La judicialización del SIDH no se produce, a la manera del sistema europeo, por una mayor incidencia de la Corte en desmedro de la CIDH, sino que los informes sobre casos y medidas cautelares suelen cubrir una parte muy importante del tiempo de los comisionados y del equipo de trabajo de la secretaría de la CIDH; ello deja un tiempo muy reducido para el desarrollo de la función promocional y la planificación estratégica de su rol de supervisión.

Existe un aumento de la cantidad de casos que llegan a la Corte desde la reforma de 2001, pero también se registra un aumento simultáneo de la cantidad de denuncias que recibe el SIDH por año, de modo que se preserva el promedio histórico del 1% de judicialización ante la Corte, sobre el total de las denuncias recibidas en el SIDH. La participación de la Corte en el total de asuntos del SIDH sigue siendo limitada en cuanto a la cantidad de casos en los que interviene. Esto determina una tasa muy baja de judicialización ante la Corte, inferior incluso al promedio de casos que estudian y deciden los tribunales supremos y cortes constitucionales de los Estados, que suele ser de aproximadamente el 10% de los presentados²⁸³.

- iii) La posición de la Comisión en el procedimiento es una de las principales causas de la demora del sistema. Como ya vimos en la primera Memoria, actualmente el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión está dividido en dos etapas: admisibilidad y fondo (arts. 30 y 37 Reglamento CIDH), introducidas por la reforma reglamentaria realizada en el año 2000, que modificó definitivamente la práctica de pronunciarse en una decisión conjunta sobre la admisibilidad y el fondo salvo en circunstancias excepcionales (art. 36.3 reglamento IDH). La introducción de esta etapa adicional en el proceso ha retardado el trámite de los casos, al introducir una decisión adicional por parte de la CIDH, lo que a su vez no ha redundado en un número significativo de soluciones amistosas, ni en un menor cuestionamiento de las cuestiones de admisibilidad ante la Corte IDH, que eran algunos de los argumentos esgrimidos por los Estados para justificar la reforma. Por ello, la decisión de admisibilidad con sus características actuales, tiene un impacto en la demora estructural de la CIDH en la resolución de sus asuntos contenciosos.

En un solo año, la Secretaría Ejecutiva de la CIDH puede recibir entre 1.300 y 2.000 peticiones. En los últimos quince años, la Comisión ha recibido un número cada vez mayor de peticiones nuevas, aumentando

283 Vid. V. Abramovich, *La interpretación de los tratados*, p. 127.

exponencialmente de 439 peticiones en 1997 a 2061 en 2013, aumentando el portafolio en trámite (admisibilidad y fondo) de 976 en 1997 a 1753 en 2013²⁸⁴.

El procedimiento actual de realizar un informe de admisibilidad con un análisis detallado sobre los hechos del caso el análisis de agotamiento de recursos internos que en algunos supone ya un análisis de fondo sobre el derecho de acceso a la justicia, la recepción e intercambio numeroso de información entre las partes, e inclusive la posible celebración de audiencias sobre admisibilidad (arts. 31-36 Reglamento CIDH), incide en un retardo procesal y en una duplicación del trabajo que realiza la Comisión.

Se estima que solamente del 10% al 13% de las peticiones se determinan procesables, en cuyo caso la Secretaría Ejecutiva desecha por completo entre el 87% y 90%²⁸⁵. Estas peticiones nunca entran en el procedimiento para recibir una decisión formal y pública del pleno de la Comisión. Aun así, esto significa que cada año se agregan entre 130 a 225 peticiones a la lista de espera de la Comisión, complicando a la CIDH mantenerse al día con las peticiones nuevas. El mayor número de decisiones públicas realizadas en un solo año —que incluyen las decisiones de archivo, las decisiones de admisibilidad, los informes de solución amistosa, y las decisiones de fondo—es de 165 en 2011. De esas decisiones, sólo trece resolvieron plenamente un caso, cinco decisiones fueron de fondo y ocho de solución amistosa. Además de eso, la Comisión remitió veintitrés casos a la Corte en ese año los que también deben considerarse como soluciones de fondo. La Comisión se ocupó de un gran número de casos rezagados al archivar cincuenta y cuatro casos en 2011. La disparidad entre el número de peticiones recibidas y el número resuelto indica que a menudo la velocidad de la Comisión no es suficiente para para mantenerse al día con la demanda de resoluciones sobre las peticiones y casos, causando así un congestionamiento.

El 30 de Agosto de 2011, había 5.213 peticiones en espera de una evaluación inicial; 1.137 peticiones esperaban una determinación sobre su admisibilidad; y 515 asuntos esperaban una resolución de fondo²⁸⁶. Por lo tanto, el congestionamiento actual se concentra predominantemente en las fases iniciales. Sin embargo, si la Comisión continúa dedicando sus recursos a la

284 Vid. CIDH, *Informe Anual 2013*, Capítulo II (B. Estadísticas) en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/docs-es/InformeAnual-Cap2-A-B.pdf>.

285 Cfr. Human Rights Clinic, *Maximizando la Justicia, minimizando la demora. Acelerando los procedimientos de la Corte Interamericana de Derechos*, Diciembre de 2011, The University of Texas School of Law, p. 26. Disponible en: https://www.utexas.edu/law/clinics/humanrights/work/Maximizando_la_Justicia_en_la_CIDH.pdf.

286 *Ibid.*, p. 27.

fase de admisibilidad sin dar un mayor énfasis a la etapa de fondo, solamente logrará transferir el congestionamiento a esta última etapa. También debe considerarse que la evaluación de peticiones nuevas y elaboración de informes de admisibilidad son más sencillos y rápidos que la preparación de los informes de fondo.

Esta prioridad de enfocarse en las etapas iniciales de las peticiones se basó en la hipótesis vigente inicial de que, considerando los recursos tan limitados conferidos a la Comisión, un acercamiento escalonado sería la mejor estrategia para hacer frente al congestionamiento, en la idea de que logrando un retraso más razonable en las etapas iniciales, se podrían asignar recursos adicionales a otras etapas. Sin embargo, resulta cuestionable que adoptar esta metodología, que no considera el procedimiento como un todo, ayude a reducir el congestionamiento procesal de la Comisión²⁸⁷.

Pero los datos demuestran que aun si se toman en cuenta las decisiones de archivo e inadmisibilidad el porcentaje total de casos y peticiones totalmente decididas o eliminados de la lista de espera de la Comisión es hoy menor que el de 1996. De modo, que hoy, la Comisión elimina aproximadamente un 20% menos de casos y peticiones que quince años atrás. También demuestran que la Comisión hoy en día elimina más casos y peticiones a través de decisiones de admisibilidad y archivo que de decisiones sobre el mérito, solución amistosa o remisión a la Corte. Mientras en 1996, la Comisión eliminó casi un 70% a través de soluciones amistosas, decisión sobre el mérito o remisión a la Corte frente a aproximadamente un 20% en archivos e inadmisibilidades. Quince años más tarde, la proporción descendió a poco más del 45% de archivos e inadmisibilidades frente a algo más de 20% en decisiones finales sobre el fondo²⁸⁸.

- iv) También ralentiza el procedimiento ante la Comisión la multitud de ocasiones en las que tanto el peticionario como el Estado pueden presentar pruebas e información destinadas al juicio de admisibilidad y a la determinación de los hechos. Actualmente, los peticionarios presentan una petición inicial con o sin prueba. Posteriormente pueden presentar información adicional para cumplir con los requisitos del Reglamento CIDH, en virtud del artículo 26.2, e incluso pueden presentar información adicional y pruebas por escrito o por medio de una audiencia más adelante, de conformidad con el artículo 30.5. Una vez que se abre el caso, el peticionario puede presentar

287 *Ibíd.*, p. 30, citando información proporcionada por miembros previos y actuales de la Secretaría Ejecutiva.

288 *Ibíd.*, p. 31.

una nueva serie de observaciones y pruebas (aunque éstas son diferentes ya que se refieren al fondo del asunto, en lugar de su admisibilidad) conforme al artículo 37.1, y más adelante tienen otra oportunidad para presentar evidencia si la Comisión así lo solicita, de acuerdo al artículo 37.4.

Asimismo, el Estado presenta su información y pruebas sobre admisibilidad ante la Comisión después de que la ésta le transfiera inicialmente la petición (art. 30. 3). El Estado tiene una segunda oportunidad para presentar pruebas por escrito o en una audiencia (art. 30.5), una tercera oportunidad para presentar sus observaciones adicionales sobre el fondo (art. 30.7), y una cuarta oportunidad para presentar información por escrito o por medio de una audiencia (art. 65).

Además de todas las oportunidades procesales formales que el Reglamento ofrece para presentar información a la Comisión, hay una costumbre de permitir que los Estados y los peticionarios presenten información pertinente en etapas posteriores. En la mayoría de los casos y peticiones, la Comisión solicita observaciones de los peticionarios y Estados en diversas ocasiones, yendo más allá de lo que el Reglamento exige²⁸⁹.

- v) Además, el proceso de amparo judicial interamericano genera duplicidades que lo alargan innecesariamente. Aun cuando la Convención indica claramente que es la Comisión la que tiene la facultad de declarar admisible o inadmisibles una petición, el artículo 62.3, que indica que la Corte puede “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de [la] Convención ha sido utilizado por la Corte para revisar todo lo decidido por la CIDH, incluidas las determinaciones de admisibilidad. Esta posibilidad de apelación de las determinaciones de admisibilidad ante la Corte a favor de los Estados, llamada excepción preliminar (art. 42 Reglamento Corte IDH) no existe para las personas cuyas peticiones son declaradas inadmisibles por la Comisión, ya que no pueden acudir directamente a la Corte. También se producen duplicidades en la consideración de las pruebas y en la determinación de los hechos. Todas las cuestiones de hecho, las pruebas documentales y las testimoniales deben analizarse y debatirse primero ante la CIDH y luego ante la Corte, incluso cuando el Estado ha aceptado la versión de los hechos relatada por

289 Vid., por ejemplo, *Vargas v. Paraguay*, Caso 12.431, Informe de la CIDH N° 121/10, párrs. 6 a 14 (23 de octubre de 2010) disponible en <http://www.cidh.oas.org/casos/10.sp.htm> (donde se listan quince ocasiones en las cuales la presunta víctima presentó información y observaciones durante la etapa de fondo en respuesta al informe de admisibilidad, No. 84/03, y diez ocasiones en las cuales el Estado presentó información adicional o comentarios a solicitud de la Comisión).

la CIDH²⁹⁰, lo que provoca un costo financiero, humano y de tiempo sin beneficio aparente para la garantía de los derechos.

- vi) También resulta criticable el uso inconsistente de aquellas normas que pueden acelerar el procedimiento, particularmente el artículo 36.4 del Reglamento CIDH, que permite a la Comisión, en los casos de gravedad o urgencia del art. 30.7, combinar sus decisiones sobre admisibilidad y fondo, pero no se aplica consistentemente y no está claro por qué se aplica en unos casos y en otros no. Por ejemplo, en 2010, la Comisión publicó siete informes sobre casos Brasileños, sin tener en cuenta las decisiones de archivo. Seis de estos informes fueron de admisibilidad y uno combinado sobre admisibilidad y fondo. De esas siete peticiones y casos, en dos de ellos, el Gobierno Brasileño no presentó ningún argumento en contra de la admisibilidad de las peticiones. No obstante, la Comisión tomó enfoques absolutamente opuestos en el tratamiento de estos dos casos²⁹¹.

Todos estos elementos llevan a pensar que la judicialización del sistema debería orientarse precisamente hacia la reconsideración de la fase de admisibilidad y del papel de la CIDH como instructora del proceso. Sin embargo los objetivos del *Plan Estratégico* no mencionan la implementación de cambios estructurales tales como una mayor acumulación de casos similares que puedan reducir el congestionamiento y la demora procesal y que no dependan de un incremento de fondos, ni se hace mención alguna de unir las etapas de admisibilidad y fondo o de eliminar la fase de admisibilidad por completo²⁹².

1.2. Las labores de cooperación técnica y de promoción de los derechos humanos

Si buena parte del trabajo de la CIDH ha sido *contra y a pesar de* los Estados en la defensa de los derechos humanos en la región, la cuestión que suscita ahora es cómo conseguir que se trabaje *junto con* los Estados para ir superando progresivamente los déficits institucionales de carácter estructural que impiden un goce efectivo de los derechos.

290 Vid. Corte IDH, caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155 y caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

291 Cfr. Human Rights Clinic, Maximizando la Justicia, minimizando la demora. Acelerando los procedimientos de la Corte Interamericana de Derechos, cit., pp. 43 - 44.

292 CIDH, Plan Estratégico 2011-2015, Parte II: Programas y Planes de Acción, (febrero de 2011).

Como ya pusimos de manifiesto en la primera Memoria, dentro del *Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH*²⁹³ distintos Estados pusieron de manifiesto el deseo de que la CIDH se dedicara más profundamente a las cuestiones de asesoría, cooperación y asistencia técnica a los Estados, que se engloban en la tarea de promoción de los derechos humanos²⁹⁴.

- a) *La dependencia de los mecanismos políticos del sistema de casos.* Los mecanismos de políticos de promoción, diálogo e intercambio se han demostrado altamente ineficaces, y desde un punto de vista realista la situación actual es que la resolución de un caso particular parece ser la única puerta de acceso al diálogo efectivo con los Estados para la incorporación de ciertos estándares en determinadas políticas públicas. Ello aboga, por una parte, por la profundización del modelo jurisdiccional de intervención doméstica del sistema y, por otra, por la exploración de vías distintas de diálogo e intercambio, probablemente a un nivel jurisdiccional y no exclusivamente político, que permitan que el sistema actúe como definidor de estándares de protección y buenas prácticas dirigidos a la reforma institucional en los Estados.

La Comisión lleva a cabo visitas in loco a los Estados miembros para supervisar y promover los derechos humanos en dicho Estado. Durante y con posterioridad a las visitas in loco, los Comisionados establecen relaciones con los funcionarios públicos nacionales, evalúan la situación general de los derechos humanos en el Estado y preparan y publican informes basados en sus hallazgos. Durante las visitas, la Comisión también puede investigar cuestiones de hecho sobre los casos individuales (art. 53 Reglamento CIDH), aunque rara vez lo hace. Los Comisionados también llevan a cabo visitas “de trabajo” a los países en su calidad de relatores de país o temáticos.

293 La agenda de trabajo del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH, así como los documentos de posición e intervenciones de las organizaciones de la sociedad civil y de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, pueden ser consultados aquí: <http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp>.

294 Ver los Textos remitidos por los Estados en Compilación de las presentaciones de los Estados miembros sobre los temas del Grupo de Trabajo: textos remitidos a la Secretaría del Grupo de Trabajo por Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay al 4 de noviembre de 2011, 7 de noviembre de 2011, Doc.GT/SIDH/INE/17/11 rev. 1.

Tanto las visitas *in loco* como las de trabajo tienden a configurarse como un complemento de la función jurisdiccional de la Comisión y no tanto como una parte de su función de promoción y cooperación técnica. En primer lugar, las visitas ayudan a la Comisión a contextualizar las quejas individuales y a entender los problemas subyacentes. Las visitas también sirven para elevar el perfil de la Comisión y dar a los peticionarios la oportunidad de presentar nuevas denuncias o de ofrecer nuevas pruebas. Sólo en último término, las visitas dan la oportunidad a la Comisión de promover y negociar acuerdos de solución amistosa, evaluar la implementación de recomendaciones, aplicar estrategias para implementar la Convención y facilitar el pleno cumplimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte. En este caso, la articulación “jurisdiccional” de un mecanismo político como es el de las visitas *in loco* de la CIDH ha provocado que su uso en las labores de cooperación técnica y promoción de los derechos humanos resulte secundario.

Otro instrumento de la CIDH es el de las soluciones amistosas. Como vimos en el primer informe, uno de los argumentos aducidos por los Estados para justificar la división del procedimiento ante la CIDH en dos etapas de admisibilidad y fondo (arts. 30 y 37 Reglamento CIDH) en la reforma del Reglamento de 2000, era que ello aumentaría significativamente las soluciones amistosas, al hacer prácticamente obligatoria la etapa de solución amistosa, cosa que no se ha producido²⁹⁵. La potenciación de las soluciones amistosas volvió a plantearse durante el proceso de Fortalecimiento del SIDH, en una posición liderada por México, que la consideraba “la vía idónea de solución de las peticiones y casos”, y apoyada por Brasil, Perú, Chile, Bolivia, Paraguay y Colombia²⁹⁶. La propuesta tenía dos contenidos fundamentales:

- i) Un cambio en la práctica de la CIDH, asumiendo un rol más activo en los procesos de solución amistosa, ofreciendo de manera decidida sus buenos oficios como conciliadora entre las partes y como supervisora de los acuerdos; y,
- ii) La elaboración de un manual práctico sobre procesos de solución amistosa que sistematice y difunda las buenas prácticas en este ámbito y pueda servir de guía para los Estados, peticionarios y usuarios del sistema.

295 Vid. CIDH, *Informe Anual 2013*, Capítulo II (B. Estadísticas), p. 13.

296 Presentaciones de la delegación de México sobre los temas “asuntos de procedimiento en la tramitación de los casos y peticiones individuales” y “soluciones amistosas”, Secretaría General de la OEA, GT/SIDH/INF, 10/11, 7 octubre 2011.

Aunque la propuesta provocó el rechazo de varias organizaciones sociales de defensa de los derechos humanos, finalmente fue asumida por la que creó en 2011 el Grupo de Trabajo de Soluciones Amistosas, una unidad especializada que apoyará a los Comisionados que hayan sido asignados a casos en los cuales las partes han acordado celebrar el procedimiento de solución amistosa²⁹⁷.

Debe tenerse en cuenta que, en un estudio sobre el cumplimiento de las decisiones en el Sistema Interamericano publicado en 2010, se señalaba que el 54% de los acuerdos de solución amistosa habían sido totalmente cumplidos por los Estados, mientras que sólo el 29% de las decisiones de la Corte y el 11% de los informes de la Comisión se cumplieron a cabalidad²⁹⁸.

- Además, los casos en los que se llega a un acuerdo se resuelven en menos tiempo que aquellos casos que obtienen una decisión de fondo. El tiempo promedio entre la presentación de la petición y la aprobación del acuerdo es casi cinco meses más corto que el tiempo promedio entre la presentación de la petición y la publicación de la decisión de fondo de la Comisión y casi dos años menor que el promedio de tiempo entre la presentación y la decisión de la Corte²⁹⁹.
- Ello lleva a concebir la solución amistosa como un medio idóneo para solucionar dos de los principales problemas del SIDH: la congestión de asuntos en la Comisión (tratada en el epígrafe anterior) y el incumplimiento de resoluciones por parte de los Estados (tratado en el epígrafe siguiente).
- La solución amistosa también puede ser una herramienta para atender problemas estructurales y cuestiones recurrentes. Si bien, para poder funcionar en este sentido, la Comisión debería identificar los casos que tengan más probabilidades de llegar a un acuerdo y que versan sobre hechos y asuntos legales similares.
- Sin embargo el mecanismo de solución amistosa se enfrenta con, al menos, dos dificultades procesales:
- Por una parte, el fomento de las soluciones amistosas requiere un grado alto de flexibilidad en la actuación de la CIDH, lo que resulta contradictorio con la necesidad de normas estrictas que regulen el procedimiento y, por tanto la actuación de la Comisión, que es otra de las demandas de los Estados. Es contradictorio que la Comisión deba jugar, de forma contemporánea, un papel de acercamiento de posiciones entre el Estado y las presuntas

297 CIDH, *Plan Estratégico*, cit., Parte II, p. 10.

298 Fernando Basch et al., "The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: a Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions", en *Sur-International Law Journal on Human Rights*, v. 7, n. 12, 2010.

299 Cfr. Human Rights Clinic, *Maximizando la Justicia, minimizando la demora*, cit., p. 33.

víctimas, y el papel cuasijurisdiccional que le corresponde en la admisión e instrucción del caso.

- Por otra parte, la costumbre de permitir la presentación tardía de información a la que hacíamos referencia en el apartado anterior, incentiva a las partes a retener la información que revele las fortalezas y debilidades de sus casos. Este tipo de maniobras estratégicas impide a la Comisión elaborar sus informes con más anticipación en el procedimiento y, en algunas ocasiones, promover con las partes procesos de solución amistosa, ya que desconoce hasta muy avanzado el procedimiento las posibilidades reales que existen de llegar a una solución pactada.
- b) *El arreglo amistoso en la regulación del Protocolo 14 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)*. Con la reforma introducida por el Protocolo número 14 al CEDH gana nuevo protagonismo el proceso de arreglo amistoso entre las partes (art. 39 CEDH), dado que el que el recurso al arreglo amistoso se estaba haciendo cada vez más infrecuente (el número de arreglos amistosos se ha ido reduciendo desde los 224 del año 2000, hasta los 40 casos del año 2005³⁰⁰), al tiempo que la congestión provocada por las reformas introducidas mediante el Protocolo 11 y la extensión del CEDH, no dejaba de aumentar. El acuerdo amistoso pasa a estar regulado autónomamente con algo más de detalle que en la anterior versión del Convenio; se hace hincapié en que el Tribunal se debe poner a disposición de las partes en cualquier momento desde que se presenta la demanda, con el fin de conseguir un arreglo amistoso y se explicita que la supervisión de su correcta ejecución está a cargo del Tribunal. El Comité de Ministros también supervisa la ejecución de la resolución amistosa y si el arreglo no se cumple por parte del Estado, la víctima tiene la posibilidad de acudir de nuevo al TEDH para denunciar el incumplimiento. En definitiva, se pretende reforzar esta forma de finalización de conflictos entre particulares o Estados demandantes y Estados demandados ya que supone una solución rápida y con menor repercusión pública que las sentencias estimatorias. Con posterioridad a la fase de admisibilidad y antes de entrar en el fondo del asunto, la conciliación la ejercerá el Secretario de las cinco Secciones del TEDH y, posteriormente, habrá una decisión del Tribunal excluyendo el asunto de la lista y aceptando el arreglo amistoso. Sólo se intentará cuando el asunto sea claro y, por ejemplo, sólo requiera fijar la cuantía de la indemnización por un retraso indebido en un procedimiento judicial por

300 Gregory S. Weber. "Who killed the friendly settlement? The decline of negotiated resolutions at the European Court of Human Rights", en *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, n. 7, 2007, p. 225.

lo que hay que poner de acuerdo a las partes. Esta fase del procedimiento es confidencial, adopta forma de Sentencia y se comunica por escrito a las partes y al Comité de Ministros. De esta forma, el Estado evitará ser condenado públicamente y el demandante obtiene más rápidamente la satisfacción que buscaba.

Con el objetivo de aliviar la carga de trabajo, el Tribunal ha admitido también, en algunos casos un arreglo “impuesto” o unilateral³⁰¹; sin embargo se ha señalado que dicho método debe ser tratado con cautela, toda vez que los elementos concretos que permitirían su adopción conforme con el CEDH no se encuentran especificados.

Una sugerencia para la reforma del TEDH que no fue considerada consistía en la creación de unidades de solución amistosa en las oficinas satélite dentro de los países específicos. Estas unidades tendrían más capacidad para identificar aquellos casos que sean más adecuados para una solución amistosa, y mostrarles a los solicitantes sus alternativas respecto a una solución amistosa. Del mismo modo, se sugirió que por medio de este método, al lidiar directamente con las partes cara a cara, se podría incentivarlas en negociaciones estancadas a reconsiderar sus opciones³⁰².

1.3. Justificación del articulado propuesto

A. *Cautelas previas*

- a) Puesto que se desconoce dentro de qué organización internacional funcionará el sistema de protección de los derechos humanos que se propone, no puede hacerse referencia a los órganos intergubernamentales propios de esta organización que intervendrán en el nombramiento de los titulares de los órganos de garantía y funcionamiento del Sistema, ni a las competencias de estos órganos con relación a otros aspectos de la organización del Sistema (aprobación de los estatutos de los órganos, iniciativa o no de reforma de sus reglamentos internos etc.). Estas cuestiones sólo podrán resolverse una vez que se conozca la organización internacional en la que el Sistema deba operar y los órganos intergubernamentales que la componen.

301 Vid. Akman v. Turkey, App. No. 37453/97, Eur. Ct. H. R. (2001); Akbay v. Turkey, App. No. 32598/96, Eur. Ct. H. R. (2001); 1.1. v. Turkey, App. No. 30953/96, Eur. Ct. H.R. (2001).

302 The Right Honourable Lord Woolf, *Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights*, (diciembre de 2005), disponible en <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/40C335A9-F951-401F-9FC2241CDB8A9D9A/0/LORDWOOLFPREVIEWONWORLDKINGMETHODS.pdf>.

- b) Con respecto a la posibilidad de establecer un sistema de sanciones para el Estado que incumpla las sentencias de la Corte de Derechos Humanos, y que dichas sanciones sean impuestas por un órgano político, como es el Comité de Ministros en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tampoco puede resolverse hasta tanto se conozcan qué órganos componen la organización en la que el Sistema se inserte, si el sistema de sanciones establecidas por un órgano intergubernamental es aconsejable, a la luz de la estructura concreta que se adopte, ni qué órgano sería el más apropiado al respecto.
- c) El Sistema que aquí se propone ha sido diseñado teniendo como referencia las deficiencias y los problemas de funcionamiento del SIDH, por lo que se concibe para una organización con un gran número de Estados, una población extensa a proteger y un nivel alto de conflictividad en materia de derechos humanos. Si se pretendiera su aplicación para una organización internacional con un número sensiblemente inferior de Estados, habría que introducir correcciones de carácter organizativo.
- d) Al desconocer el tipo de organización internacional en la que el Sistema se inserta, es imposible abordar las cuestiones relativas a su financiación. Indudablemente, la propuesta organizativa plantea un Sistema con un nivel suficiente de financiación y aspira a que no existan los problemas financieros que, en buena medida, han condicionado el funcionamiento del SIDH. Sin embargo, puesto que está pensado para una organización internacional potencialmente de carácter universal en el ámbito americano, la propuesta es ambiciosa y requiere un nivel de financiación probablemente superior al que actualmente tienen los órganos que integran el SIDH. En una organización con un número menor de Estados, la cuestión financiera condicionaría las actividades y funciones que se atribuyen a los órganos de garantía y funcionamiento en esta propuesta.

B. *Justificación*

Las principales novedades que presenta la propuesta de carácter organizativo y competencial son:

- a) Se crea un conjunto de órganos nuevos denominados Comités de Apoyo y Seguimiento, cuyas funciones serían:
- i) De apoyo a la Corte en cuestiones que aborden derechos especiales de minorías (indígenas, comunidades afroamericanas) o la situación de grupos

de personas especialmente vulnerables (desplazados forzosos, mujeres campesinas, niños de la calle, etc.) que requieren de especiales conocimientos técnicos no necesariamente jurídicos (sino, por ejemplo, de carácter antropológico para determinar la cultura jurídica propia en contextos de pluralismo jurídico) o de una adecuada ilustración de la situación de hecho en la que la cuestión jurídica se plantea;

ii) De apoyo a las funciones de la Comisión en el análisis de la situación de los derechos humanos en la región, en la determinación de los problemas estructurales, en la determinación de estándares objetivos de respeto a los derechos humanos y en el seguimiento del cumplimiento de las decisiones de la Corte. De esta suerte asumen en parte las funciones de las actuales relatorías, con otras propias del nuevo diseño que se da al Sistema.

b) La Corte se convierte en un órgano permanente que concentra las funciones de carácter jurisdiccional, tanto en la admisión de la demanda como en la decisión sobre el fondo. Ello implica cambios en la consideración del órgano (cuyo funcionamiento se declara permanente), en su composición (tantos jueces como Estados miembros y de la nacionalidad de éstos, por lo que ya no es necesario el requisito de incluir en la terna propuesta al menos un candidato de nacionalidad distinta de la del estado, como establece actualmente el art. 53.2 *Convención*), en el régimen de incompatibilidades (que debe incluir la disponibilidad permanente, como establece el art. 21.3 CEDH) y en los requisitos exigidos: a los que ya establece el art. 52 *Convención*, se ha sumado una experiencia profesional probada de al menos diez años en actividades jurídicas relacionadas con los derechos humanos y derechos fundamentales (criterio de *competencia*) y la presentación de informes por organizaciones de la sociedad civil destacadas en la defensa de los derechos humanos relativos a las garantías de independencia e imparcialidad de los candidatos (criterio de la *independencia*).

Con relación a las *funciones* también se producen cambios respecto a lo previsto en los arts. 61 a 65 *Convención*, toda vez que se concentran en la Corte todas las funciones jurisdiccionales, tanto de admisibilidad como de fondo, eliminando así el filtro de la Comisión a estos efectos. Por tanto, las demandas se presentan directamente ante la Corte, que decide sobre su admisión y por tanto sobre la apertura de procedimiento. Ello implica cambios en la *competencia* de la Corte, en el *ius standi* y, por tanto, en el propio *procedimiento*, que se abordan en la parte dedicada al mismo.

Pero también implica cambios en el funcionamiento de la Corte. Por una parte tenemos una Corte mayor que la actual (compuesta por 7 miembros), por lo

que su funcionamiento en pleno es muy poco operativo y debe reservarse para las cuestiones orgánicas, como la aprobación y reforma del reglamento, las cuestiones disciplinarias o las que impliquen la pérdida de la condición de magistrado por incumplimiento de las incompatibilidades. Para el resto de las funciones se prevén tres formaciones distintas de la Corte:

- i) Las secciones, compuestas por dos magistrados y encargadas de resolver la admisión de la demanda y remitir el caso para su decisión sobre el fondo a la Sala (en el caso de que se trate de la aplicación de una doctrina consolidada en el sistema universal o interamericano, o en los que la disputa verse sobre la determinación de los hechos) o la Gran Sala (cuando se trate de casos sobre los que no existe doctrina consolidada, sobre los que se plantea una interpretación extensiva o novedosa de los derechos involucrados, cuando la violación del derecho humano se deriva de normas con rango de ley que pueden resultar contrarias a la Convención propuesta o cuando se trate de un caso que, por incidir en patrones estructurales de violación de los derechos humanos en la región a juicio de la Comisión, requieran un pronunciamiento destinado a convertirse en referente). Se ha preferido la formación por dos jueces en vez de juez único, como existe en el Sistema europeo, tanto por las críticas doctrinales que ha recibido el juez único, como por la decisión en materia de competencia que realizan. De todas maneras se prevé un recurso extraordinario por parte de la Comisión contra las decisiones de las secciones, que resolverán las Salas.
- ii) Las Salas, compuestas por cinco magistrados, que resolverá definitivamente los casos remitidos por las secciones que traten de la aplicación de una doctrina consolidada en el sistema universal o interamericano, o en los que la disputa verse sobre la determinación de los hechos, así como el recurso extraordinario de la Comisión contra las decisiones de las secciones, así como las cuestiones de admisión en que no haya existido acuerdo en la Sección. La competencia de las Salas se justifica por dos órdenes de motivos: por un lado, la Sala puede aplicar interpretaciones ya consolidadas sobre derechos sobre los que se ha pronunciado reiteradamente la Corte Interamericana o los órganos del sistema universal y que sirven de referente, por lo que su misión aquí es consolidar los estándares en materia de derechos humanos y mandar un mensaje claro a los Estados de que, si no los respetan, serán condenados. Por otro lado, es muy frecuente en la región que la disputa involucre la determinación de los hechos, y no tanto una disputa sobre el derecho, por lo que para descongestionar el sistema resulta aconsejable que más de una sala pueda estar trabajando simultáneamente en este tipo de casos.

- iii) La Gran Sala, compuesta por 9 magistrados, que resolverá definitivamente los casos remitidos por las secciones sobre los que no existe doctrina consolidada, sobre los que se plantea una interpretación extensiva o novedosa de los derechos involucrados, cuando la violación del derecho humano se deriva de normas con rango de ley que pueden resultar contrarias a la Convención propuesta o cuando se trate de un caso que, por incidir en patrones estructurales de violación de los derechos humanos en la región a juicio de la Comisión, requieran un pronunciamiento destinado a convertirse en referente. La competencia de la Gran Sala se justifica bien cuando de crear sentencias referente se trata (que no exista doctrina consolidada, que exista una disputa relevante o novedosa sobre el alcance de un derecho, o que se deba cambiar la doctrina porque los patrones de violación de los derechos así lo aconsejan) o cuando la incidencia del fallo sobre la soberanía interna es alto porque involucra requerir la reforma o la abrogación de normas con rango de ley en vigor.
- c) Respecto a la *Comisión*, se eliminan la práctica totalidad de sus funciones cuasijurisdiccionales, para convertirla fundamentalmente en un órgano de evaluación y seguimiento de la situación de los derechos humanos en la región, de asistencia técnica a las autoridades nacionales y de participación activa en las negociaciones para llegar a una solución amistosa. La eliminación de estas funciones se justifica por las razones alegadas en el epígrafe 1: la sobrecarga de atribuciones de la Comisión en la actual *Convención*, que hace que se centre en las funciones jurisdiccionales en detrimento de la atención a las cuestiones estructurales de violación de los derechos humanos en la región; y la duplicidad de funciones entre la Corte y la Comisión que fomenta el retraso en la solución de los asuntos y el congestionamiento que sufre el SIDH. Sin embargo, se señalaba también el beneficio que supone poder ligar el sistema de quejas y peticiones con el análisis estructural de la problemática de los derechos humanos en la región, por lo que se ha considerado oportuno mantener un rol de la Comisión en el procedimiento jurisdiccional.
- i) Por un lado, respecto a la admisibilidad y la asignación del caso a las Salas o la Gran Sala de la Corte, la Comisión debe emitir un Informe sobre la relación del caso con patrones estructurales de violación e incumplimiento de los derechos humanos en la región, informe a cuya luz la Corte puede decidir incluso la prioridad del caso respecto a otros de los que esté conociendo;
- ii) Consecuentemente con lo anterior, aunque de manera excepcional, se permite que la Comisión pueda presentar un recurso contra la decisión de la

Sección tanto de inadmitir, y por tanto archivar, el caso, como de asignarlo a una Sala cuando la Comisión considera que debería pronunciarse la Gran Sala para crear una sentencia de referencia.

- iii) Siendo la facilitadora del proceso de solución amistosa, se atribuye también a la Comisión la labor de informar a la Corte sobre la solución amistosa alcanzada, así como la acción para solicitar la reapertura del caso si se produce el incumplimiento del acuerdo por parte del Estado.

Respecto a sus funciones *políticas*, la Comisión se configura como un órgano que centraliza la información sobre cumplimiento y protección de los derechos humanos, y la elabora con dos objetivos fundamentales: la evaluación anual de la situación de los derechos humanos y el desempeño de los Estados en la materia (que es la misma función que viene realizando el Informe Anual en el sistema actual), y el establecimiento cada cuatro años (coincidiendo con cada nuevo periodo de la Comisión) de los patrones estructurales de violación de los derechos humanos en la región y de su evolución en el tiempo. Esta es una función de enorme importancia en el diseño propuesto, que se encamina a que el sistema tenga medios efectivos para combatir estos patrones estructurales y que no sea simplemente una última instancia de remedio de situaciones concretas de violación de los derechos humanos. Los patrones estructurales deben jugar un papel fundamental en el establecimiento de las reparaciones y en la posibilidad de que la Gran Sala emita Sentencias de referencia que establezcan patrones claros para los Estados respecto a las acciones y omisiones que serán condenadas por la Corte.

Otra novedad es la obligación que tiene la Comisión de establecer, en su primer periodo de cuatro años, un sistema de indicadores objetivos de cumplimiento de los derechos humanos, conforme al cual deberán presentar tanto los Estados como las Oficinas Nacionales la información a la Comisión. Con ello se pretende reducir el enfrentamiento político que determinados diagnósticos y recomendaciones de la Comisión provocan en la actualidad, al considerarse opiniones subjetivas de un órgano politizado. Somos conscientes de que la aprobación de este sistema objetivo de indicadores por el órgano intergubernamental del sistema en que el diseño propuesto se inserte, puede resolverse en una paralización de esta función de la Comisión hasta tanto el sistema se apruebe. Para evitarlo, los informes anuales y cuatrianuales de la Comisión no se paralizan por la ausencia del sistema de indicadores, y además debe considerarse que los Estados están interesados en que la Comisión juegue un papel activo en la promoción de soluciones amistosas entre las víctimas, para no seguir acumulando condenas.

Respecto a las novedades organizativas:

- i) Se pasa de una Comisión de 7 a 9 miembros, eligiéndose dos de entre los candidatos presentados por las organizaciones sociales de defensa de los derechos humanos y por las facultades de derecho de las universidades. Con esto se da respuesta a la demanda de mayor participación de la sociedad civil en el SIDH y que está normativamente amparada por la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas; se da respuesta también a la necesidad de involucrar a la Academia en el conocimiento del sistema de protección y en la formación en derechos humanos, que es uno de los elementos que reiteradamente se ha señalado como necesario para la consolidación del Sistema. Y, desde un punto de vista político, se trata de introducir dos miembros en principio ajenos a la lógica política de reparto de apoyos entre Estados y que, por tanto pueden ser un último seguro para que esa lógica intergubernamental no colonice de manera permanente la actividad de la Comisión, afectando a su independencia.
- ii) Las Oficinas Nacionales de la Comisión se justifican fundamentalmente por tres órdenes de razones: creemos que una presencia permanente de la Comisión en el Estado demandado es absolutamente necesaria para poder cumplir eficazmente un rol de promoción de la solución amistosa, y así se recomendó que se hiciera en el proceso de reformas del Sistema Europeo que culminó con el protocolo 14³⁰³; una interlocución permanente con las autoridades de los Estados sobre el terreno creemos que es también fundamental para la obtención de la información relevante, la evolución de los acontecimientos y gozar de información de primera mano; y, por último, permite, en caso de enfrentamiento o malentendidos, una rapidez de respuesta muchísimo mayor para impedir que la cosa vaya a mayores.
- iii) Los Comités de Apoyo y Seguimiento se configuran también como órganos de auxilio a la Comisión en sus funciones. Como veremos en el epígrafe siguiente, en realidad estos órganos se definen como de auxilio tanto a la Corte como a la propia Comisión, casos en los que ejercen sus funciones bajo la dirección y la coordinación de cada uno de los órganos a los que asisten.
- d) Los *Comités de Apoyo y Seguimiento* vienen a sustituir a las actuales relatorías, si bien con una implicación mayor en el funcionamiento del sistema de

303 Vid. *supra* nota 30.

protección de los derechos humanos. Los Comités se conciben como órganos técnicos, integrados por personal cualificado seleccionado mediante concurso de méritos, cuya misión es el auxilio de la Corte y la Comisión en el ejercicio de sus funciones y en áreas especializadas especialmente sensibles respecto a la vulneración de los derechos humanos en la región. Por ello, aunque en principio el número de los Comités se deja abierto, según sean las necesidades del sistema, se obliga a crear cuatro que inciden en las áreas que se han venido señalando como estructurales en la vulneración de los derechos humanos en la región, y una dedicada al seguimiento del cumplimiento de las decisiones de la Corte, que es otro de los problemas estructurales del SIDH.

Respecto del auxilio a la Corte, como se ha señalado un Comité está exclusivamente diseñado para el seguimiento del cumplimiento de las decisiones de la Corte, emitiendo informes anuales a la misma en la que la Corte podrá observar si existe evolución en las medidas de indemnización y reparación adoptadas o si, por el contrario, el Estado se desentiende de sus obligaciones. Los otros cuatro funcionan como órganos de peritaje técnico que la Corte puede utilizar cuando lo estime conveniente, aunque se prevén algunos informes preceptivos que la Corte debe tener en cuenta:

- i) En los casos que involucren autoridades indígenas, pluralismo jurídico y derechos especiales de personas indígenas o afrodescendientes se estima necesario un complemento al juicio jurídico de la Corte en materia de diversidad cultural o antropológica y para poder determinar, por ejemplo, cuándo en casos de pluralismo jurídico puede entenderse que sea puesto fin al sistema interno de recursos, cuándo la autoridad que ha intervenido es realmente la autoridad competente etc.
- ii) En los casos en que en la demanda se alegue la imposibilidad material de agotar los recursos previstos en la legislación interna, parece también recomendable contar con un informe técnico especializado que ilustre al Tribunal sobre la situación real del acceso a la justicia en el Estado en cuestión, al igual que en el caso de que en la demanda se alegue la violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Debe tenerse en cuenta que el acceso efectivo a la justicia es uno de los problemas estructurales de la región, cuyo cumplimiento efectivo no depende sólo de la existencia de normas adecuadas, sino de jueces efectivamente independientes, recursos suficientes y mecanismos eficaces de asistencia gratuita a las víctimas. La situación concreta de estos parámetros debe ser tenida en cuenta por la Corte a la hora de pronunciarse.

iii) Dado que en la parte substantiva de la Convención propuesta, uno de los elementos centrales es el reconocimiento de un cierto derecho a la diferencia, como trato distintivo del Estado a la luz de situaciones de debilidad jurídica o de diversidad cultural, parece oportuno que, en los juicios que involucren la igualdad, la Corte cuente con un informe que alerte sobre el impacto de género o sobre otros patrones materiales, sociales o culturales de discriminación, tanto de las actuaciones del Estado impugnadas, como de la decisión de la Corte.

iv) Por último se establece la posibilidad de que uno de los Comités asuma la representación en juicio y la asistencia letrada de personas especialmente vulnerables que pueden tener dificultades materiales para hacer llegar sus demandas a la Corte. En todo caso, corresponde a la propia Corte decidir sobre si las circunstancias justifican o no esta defensa de oficio por parte del propio sistema y se ofrecen garantías a los Estados de que la persona encargada por el Comité de la defensa no participará en otras actividades del propio comité en las que esté involucrado el Estado en cuestión.

Respecto a la Comisión, los Comités actúan como órganos de elaboración de información especializada que la Comisión necesita para la elaboración de sus Informes. En todo caso, la relación entre los Comités y los Estados siempre tendrá lugar por conducto de la Comisión y de sus Oficinas Nacionales.

Respecto a su organización y funcionamiento, los Comités tienen una cierta dependencia de la Comisión y de la Corte, por cuanto la propuesta de nombramiento del director o directora está a cargo de estos órganos que deben dar el visto bueno para la aprobación de sus reglamentos de organización y funcionamiento, lo que resulta coherente con su carácter de órganos de auxilio. La reunión de coordinación de directores también está presidida por un miembro de la Comisión, para asegurar una coherencia entre la planificación de las actividades de los Comités y las prioridades y objetivos fijados por la Comisión en su actividad.

Las principales novedades en materia de procedimiento son las siguientes:

a) Respecto a la *competencia*, se introduce la posibilidad de que los particulares y las organizaciones de la sociedad civil presenten demandas directamente ante la Corte sin pasar por el filtro de la Comisión. Como ya se ha señalado reiteradamente en el primer informe, se considera que esta reforma se corresponde con la tendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contemporáneo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Primer protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos respecto al Comité de Derechos Humanos) y permite eliminar las duplicidades entre las funciones de la Corte y de la Comisión que se producen en el actual SIDH.

Se distinguen tres procedimientos ante la Corte: las demandas (que pueden ser entre Estados, o de un particular hacia un Estado); las opiniones consultivas a solicitud de cualquier Estado parte, aunque no haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte; y las cuestiones consultivas, que pueden plantear los Tribunales Constitucionales y los órganos jurisdiccionales que pongan fin al procedimiento ordinario, cuando tengan dudas sobre el significado o el alcance de la interpretación que la Corte ha dado a los derechos reconocidos en la Convención y a efectos del control de convencionalidad. Solo las demandas se resuelven por sentencias que son obligatorias en todos sus extremos para los Estados que así lo hayan ratificado (al igual que se establece en el art. 68.1 de la actual *Convención*).

Respecto a las formas de ratificación de la competencia de la Corte, no se introduce ninguna novedad y se reproduce el actual art. 62 de la *Convención*.

- b) La *admisibilidad* no tiene novedades respecto a los requisitos de la demanda y las causas de inadmisibilidad, que son las mismas del art. 48 de la actual *Convención*. La novedad es que no hay una fase contradictoria de admisibilidad, como existe actualmente ante la Comisión. Se elimina esta fase por varias razones: en primer lugar, porque la admisión o no de una demanda es un problema de cumplimiento de las causas convencionales, y por tanto no se justifica jurídicamente que exista un procedimiento contradictorio a este respecto. En segundo lugar, la existencia en esta fase el procedimiento actual lo que hace es poner en juego argumentos y posiciones que luego se reproducirán en la fase de fondo, dando lugar a una duplicidad procesal innecesaria y que retarda mucho el procedimiento. Y en tercer lugar, porque en el sistema actual la admisión de una petición supone una altísima probabilidad de que el Estado acabe finalmente condenado, por lo que los Estados tienden a luchar denodadamente contra la admisión. Sin embargo, en el sistema que se propone no existe esta probabilidad, porque la fase de admisibilidad no se pronuncia sobre ningún elemento del fondo del asunto, sino que únicamente atiende al cumplimiento de los requisitos estrictamente convencionales, por lo que los Estados deben reservar sus armas procesales para la fase de substanciación.

Dado que la competencia para establecer la admisión, así como la remisión a las Salas o a la Gran Sala, según corresponda la competencia, corresponde a las Secciones y éstas están formadas por dos magistrados, se regula la posibilidad de que sea la Sala la que decida sobre la admisión

si los magistrados no se ponen de acuerdo, y se admite la posibilidad de un recurso extraordinario de la Comisión contra la decisión de inadmitir (si es tomada por la Sección) y contra la remisión del caso a la Sala, si la Comisión estima que es de la entidad necesaria para que sea la Gran Sala quién se pronuncie. Las causas de gravedad que debe alegar la Comisión lo hacen un recurso extraordinario, que sólo pueda utilizarse cuando a juicio de la Comisión puede producirse un daño al sistema de protección, y no como un instrumento ordinario por el que la Comisión pueda cuestionar las decisiones de los magistrados.

- c) La única novedad en materia de *procedimiento* respecto a las *demandas* es que se reducen las posibilidades de solicitar la práctica de pruebas y la presentación de alegaciones por las partes a un único plazo de dos meses para la parte demandante y, sucesivo, para la parte demandada. Como vimos anteriormente, la existencia de diferentes momentos procesales para la presentación de pruebas y alegaciones por las partes es una de las causas de la demora en la tramitación de las demandas, por lo que se ha considerado oportuno reducirlo a un único momento procesal en que las partes deben presentarse con su posición procesal armada. Si la práctica revelase que se trata de una rigidez excesiva en la tramitación del procedimiento, el desarrollo reglamentario de las competencias procesales de la Corte podría introducir algunos elementos de flexibilidad a este respecto, si bien teniendo muy presente que el diseño institucional presente pretende dar fluidez y celeridad a los procesos ante la Corte.
- d) No se introducen variaciones respecto a las opiniones consultivas, salvo las relativas a la competencia de las formaciones de la Corte que ya se señalaron más arriba.
- e) La *cuestión consultiva* que pueden plantear a la Corte los tribunales de última instancia que estén conociendo de un caso en el que resulten de aplicación los derechos convencionales y tengan dudas sobre el significado o alcance de los mismos, se inspira en la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), aunque con un alcance y una significación distintas. El diseño que aquí se propone se inspira en la propuesta que en 2006 realizara el llamado Comité de Sabios para la reforma del CEDH³⁰⁴.

La soberanía de los Estados queda incólume en el diseño propuesto. Se trata de un procedimiento consultivo, por lo que no existe obligación convencional

304 Cfr. *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM(2006)203 del 15 Noviembre 2006, p. 20-22, nn. 76-86.

directa de que el juez o tribunal solicitante deba seguir la interpretación establecida por la Corte, aunque existe la obligación de protección de los derechos y el control de convencionalidad puede concebirse como una obligación en aquellos ordenamientos que han establecido constitucionalmente el carácter de fuente interna de los tratados de derechos internacionales más progresistas que la legislación interna, por lo que lo normal sería que el juez o tribunal siguieran las directrices marcadas por la Corte. Además, el artículo se refiere exclusivamente a aquéllos Estados que hayan regulado este procedimiento en su legislación interna.

El objetivo de la cuestión consultiva es mejorar el control de convencionalidad, por una parte, y potenciar el diálogo entre la Corte y las jurisdicciones nacionales, como un mecanismo para prevenir el incremento de demandas de protección de los derechos humanos por una inadecuada aplicación de los derechos convencionales por las jurisdicciones domésticas. En la Unión Europea, la cuestión prejudicial ha jugado un papel determinante en la interiorización del derecho comunitario por parte de los jueces nacionales, aunque es cierto que en este caso las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son obligatorias para el juez nacional.

Sin embargo, este carácter obligatorio no podría establecerse en el contexto normativo que nos ocupa. No creemos que el carácter obligatorio sea estrictamente necesario para que la cuestión pueda ir creando una cierta homogeneidad regional en la aplicación de los derechos humanos y un incremento del respeto a la Convención por la vía de la aplicación jurisdiccional de los derechos humanos.

2. La legitimidad activa y pasiva en el procedimiento

2.1. La legitimidad activa ante la Corte de Derechos Humanos: el principio de personalidad y reconocimiento de los nuevos sujetos colectivos informales

En cuanto a la legitimidad activa ante la Corte de Derechos Humanos se proponen dos novedades: una es su desvinculación del principio de territorialidad y vinculación al principio de personalidad; y la otra, es el reconocimiento a los nuevos sujetos colectivos informales de legitimidad activa para acudir a la Corte.

En cuanto a la primera, tomado en consideración que, durante las últimas décadas, la llamada globalización ha supuesto la ampliación de la actividad transfronteriza de los agentes públicos y económico privados y la aparición de nuevos actores privados transnacionales que operan por encima las

fronteras de los Estados vulnerando derechos; un nuevo sistema internacional de protección de derechos humanos debe adaptarse a esta realidad y, en consecuencia, tendría que vincular la legitimación activa ante estos órganos jurisdiccionales internacionales no al principio de territorialidad, sino al principio de personalidad. Esto es, garantizar que no sólo los particulares nacionales de los Estados firmantes del tratado en cuestión como establece el actual art. 44 de la CADH³⁰⁵, sino cualquier persona, independientemente de donde viva, a la que un actor público o privado nacional de un Estado firmante haya vulnerado un derecho, puede iniciar un proceso judicial contra este, ante la Corte internacional correspondiente.

Ello tiene especial sentido, por ejemplo, para el caso de trabajadores de filiales de empresas transnacionales públicas o privadas de nacionalidad de un Estado firmante, en terceros países no firmantes.

En cuanto a la segunda cuestión, si bien en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, la sociedad industrial fordista de pleno empleo y la conformación de una fuerte identidad colectiva de clase entre los trabajadores, permitió la conformación de grandes sujetos colectivos unitarios legalmente registrados (las grandes centrales sindicales y los partidos socialdemócratas o comunistas vinculados a éstas) con un alto nivel de representación entre las clases populares; en América Latina ello nunca ha sido así.

La ausencia de una sociedad industrial fordista y la existencia de múltiples formas de economía informada y de supervivencia, ha hecho que el sindicato como estructura representativa de los intereses de todos los trabajadores presente en Europa durante la sociedad fordista, ha sido tradicionalmente sustituida en América Latina por una multiplicidad no unitaria de actores sociales que no está articulada como identidad colectiva a partir de unas únicas siglas, sino que se trata de un variado abanico de luchas desconectadas, transversalizadas a lo largo de la sociedad civil y basadas en los relatos micro que afectan a parcelas concretas de la sociedad.

Ante esta realidad, si bien tradicionalmente el sujeto de referencia ha sido el individuo o personas jurídicas legalmente registradas, un nuevo constitucionalismo internacional adaptado a nuestros tiempos deberá reconocer también, explícitamente, la multiforme pluralidad de

305 El art. 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos otorga posibilidad de presentar denuncias de violación de derechos a la Comisión, sólo a personas, grupos de personas u organizaciones no gubernamentales de los Estados firmantes, no de otros Estados: *“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”*.

movimientos sociales existentes. Así pues es necesario reconocer a éstos últimos sujetos la posibilidad de interponer recursos jurisdiccionales para la protección de derechos. Esta es ya una posibilidad reconocida a nivel interno de los Estados por las recientes constituciones latinoamericanas, así la Constitución boliviana de 2009 en su artículo 14.III establece como titulares de los derechos todas las personas y todos los colectivos, ya sean pueblos o naciones en el interior del Estado u organizaciones sociales, independientemente de si están registradas o no. La legislación que ha desarrollado este artículo (Ley núm. 241 de participación y control social, de 5 de febrero de 2013), reconoce como actores de la participación y el control social, la sociedad civil organizada, ya sea en forma de organizaciones orgánicas y reconocidas legalmente (sindicatos, etc.), comunitarias (organizaciones, pueblos o naciones indígenas) o informales y circunstanciales (aquellas que se organizan para un fin determinado y cuando este se ha conseguido, dejan de existir). De acuerdo con el art. 14.III de la Constitución boliviana, todos tienen la posibilidad de ejercer y presentar colectivamente recursos jurisdiccionales para la protección de derechos.

Una regulación parecida se establece también en la Constitución ecuatoriana de 2008 que en su art. 10 establece: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

Además de lo anterior, al no poner el concepto de “legalmente establecido” detrás de “organizaciones de la sociedad civil” como aparece en muchos textos jurídicos, también se quiere evitar que organizaciones, partidos, sindicatos, grupos de personas, etc. a las que el Estado, de acuerdo con su legislación interna, no les reconoce la posibilidad de registrarse vulnerando potencialmente sus derechos, no puedan litigar ante la Corte de Derechos Humanos.

2.2. La legitimidad pasiva ante la Corte de Derechos Humanos: la posibilidad de juzgar a terceros privados

No es hasta las últimas décadas que empiezan a aparecer en las Constituciones de algunos Estados normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a los particulares de los derechos. Hasta este momento, los derechos sólo podían ejercerse ante los tribunales en casos de vulneración de estos por parte de los poderes públicos, pero no de los particulares.

El cimiento histórico-doctrinal que explica esto lo encontramos en la concepción liberal temprana de separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de los términos del binomio, un estatuto jurídico diferente.

De forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad³⁰⁶.

Asentada la legislación privada en la trilogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de estos tres principios, como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre. Con razón iusprivatistas notables como Thieme o Wieacker, han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el código civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado. En efecto, se partía de que los individuos ocupan una posición de libertad e igualdad natural por lo que sus relaciones sociales, presididas por la autonomía privada, debían ser ajenas a la regulación jurídico-pública que conllevaría la eficacia de los derechos fundamentales con el fin de evitar la quiebra de esta paridad consustancial a la sociedad. Se planteó de este modo la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos³⁰⁷.

Esta concepción no tiene ningún sentido. La existencia en el seno de la sociedad de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su dominio con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, es evidente e indicitible. Como señaló la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso “Kot” de 1958 (Fallos: 241:291, de 5 de septiembre de 1958):

Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan del Estado solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales.

306 P. Vega García. “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”. En M. Carbonell (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002, p. 693.

307 *Ibid.*

Como acabamos de decir, constituciones como la de Ecuador reconoce, en su art. 88, la posibilidad de interponer la acción de protección de derechos tanto contra actos u omisiones de autoridades públicas como de terceros privados.

Las prácticas empresariales de las empresas transnacionales viene siendo una preocupación en sede de Naciones Unidas desde hace ni más ni menos que 40 años, en cuanto a su impunidad por violación de derechos humanos y quebrantos de las soberanías de los Estados en desarrollo³⁰⁸. Situación que comienza a tornarse estructural a mediados de los años setenta, una vez que el poder económico-financiero se había agrupado suficientemente después de terminada la II GM, y tenía capacidad para imponerse a sus propios Estados y a los distintos Estados periféricos.

Por lo tanto, a finales de los años setenta, y en vista de las conductas contrarias a los derechos humanos de muchas empresas transnacionales y de la insuficiencia del marco jurídico nacional para sancionarlas (omnipresencia transnacional o ubicuidad de dichas empresas y poder económico superior al de muchos Estados en algunos casos) se intentó establecer un marco jurídico internacional para contener ese progresivo escenario de *dominus economicus*.

A mediados de los años 70 se hizo el primer intento de encuadrar jurídicamente a escala internacional a las empresas transnacionales. La Comisión de Sociedades Transnacionales, creada por el Consejo Económico y Social de la ONU por resolución 1913 (LVII) en diciembre de 1974, compuesta por 48 Estados Miembros (disuelta en 1994) se dio como tareas prioritarias, entre otras, investigar sobre las actividades de las sociedades transnacionales y elaborar un Código de Conducta. Nunca se aprobaría a causa de la cerrada oposición de las grandes potencias y de las mismas empresas transnacionales. Así se transitó durante más de veinte cinco años de estudios, asesorías y relatorías sin ningún resultado operativo mínimo, y tan siquiera declarativo.

Varios años después (2003), la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías (disuelta en 2007) adoptó una resolución aprobando un Proyecto de Normas para las sociedades transnacionales y lo remitió a la Comisión de Derechos Humanos. La Cámara Internacional de Comercio (ICC) y la Organización Internacional de Empresarios (IOE) -instituciones que agrupan a las grandes empresas de todo el mundo- censuraron y criminalizaron dicho proyecto. Afirmando como el proyecto de la Subcomisión vulneraba los derechos y legítimos intereses de las empresas privadas que, a su vez, conllevaba una vulneración directa de derechos humanos, argumentando como las obligaciones en materia de derechos humanos corresponden a los Estados y

308 Ecosoc, Res. 1908, E/5570 (1974).

no a actores privados. Efectivamente cayó el proyecto y no sólo el proyecto sino que la propia Subcomisión sería disuelta tres años después³⁰⁹.

En el año 2005, la Comisión de Derechos Humanos -ignorando por completo el Proyecto de Normas adoptado en 2003 por la Subcomisión- aprobó la Resolución 2005/69, por la que el Secretario General de la ONU designaría un relator especial, para el cual sugirió un mandato inspirado en [...] el Pacto Mundial.

El Pacto Mundial (Global Compact) es un instrumento de las Naciones Unidas (ONU) anunciado por el secretario general de las Naciones Unidas Kofi Annan en el Foro Económico Mundial (Davos, 1999). Según su propia definición su fin es promover el diálogo social para la creación de una ciudadanía corporativa global, que permita conciliar los intereses de las empresas, con los valores y demandas de la sociedad civil, los proyectos de la ONU, sindicatos y Organizaciones no gubernamentales (Ongs), sobre la base de 10 principios en áreas relacionadas con los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y la corrupción. En realidad se ha convertido en un espacio pseudo-autónomo de autogiro de las organizaciones empresariales que quieran adherirse a él, en donde ellas mismas se autoevalúan en relación a los 10 mencionados principios, sin ninguna institución u organismo que realice la mínima enmienda y mucho menos fiscalice en cumplimiento real de dichos principios. Diez principios que son lugares comunes -de expresión brevísima y lacónica- en torno al respeto a los derechos humanos, la eliminación del trabajo forzoso, el trabajo infantil, la responsabilidad ambiental o la corrupción.

Fue el complemento ideal ius-cromático para que en los siguientes decenios la insuficiencia de las normas jurídicas nacionales (la desaparición de facto) frente al poder económico transnacional se transformara en impotencia a causa de su subordinación a la “lex mercatoria”. Dicho de otra manera, las normas nacionales -incluso constitucionales- quedaron subordinadas de hecho a los Tratados de libre comercio y de promoción y protección de las inversiones, a los acuerdos celebrados en la Organización Mundial del Comercio, y a las “directrices” (vinculadas bajo chantaje económico diverso)

309 Y para que nadie pensara que el Proyecto de la Subcomisión podía invocarse como una norma internacional vigente, la Comisión de Derechos Humanos se había ocupado de precisar en el último párrafo de su resolución 2004/116 que dicho Proyecto “[...] al ser un proyecto de propuesta, carece de autoridad legal y que la Subcomisión no debería ejercer ninguna función de vigilancia a este respecto”. Esta resolución reflejaba exactamente dos preocupaciones principales de las empresas transnacionales: que no se ejerciera control ni vigilancia alguna sobre las mismas y que no se atribuyera imperatividad u obligatoriedad al Proyecto de Normas de la Subcomisión ni a ningún instrumento existente o a crearse relacionado con la actividad de las empresas transnacionales.

del Fondo Monetario Internacional; a mayor abundamiento, en muchos casos, los reclamos de las empresas transnacionales contra los Estados en lugar de ser sometidos a los Tribunales del Estado “invertido” son dirimidos ante un tribunal arbitral internacional (dependiente del Banco Mundial) como es el CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones).

Desde entonces hasta ahora ya se han visto cuales han sido las consecuencias financiero-comerciales al respecto con el final estallido de la crisis de 2008 aún vigente.

No obstante han existido permanentes prácticas en el entorno de Naciones Unidas para seguir alimentando la dinámica de trabajos de estudio a este respecto, de escasa plasmación y eficacia ante la maquinaria neoliberal y desreguladora de estas misma décadas. El intento más encomiable sería cuando en 2005 el Secretario General Kofi Annan nombró representante especial para estudiar el tema de las sociedades transnacionales al señor John Ruggie -su asesor principal en el Pacto Mundial- quien elaboró los Principios Rectores, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en 2011.

A fecha de 2011 se da un toque de cierta solemnidad jurídica a un documento al respecto, después de casi cuarenta años. Este documento se denomina Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos y la puesta en práctica del marco para “proteger, respetar y remediar” (UNGP), y fue presentado por Ruggie en marzo de 2011, y respaldado de forma unánime por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en junio de 2011. Poco tiempo después se actualizó toda una serie de instrumentos internacionales para adaptarlos a los UNGP, entre los que cabe destacar las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, la Iniciativa de Reporte Global de presentación de informes (GRI, siglas en inglés), y la norma ISO26000. Por lo tanto es la referencia a este respecto de mayor calado.

No obstante el Informe es -como todo Informe- un esmerado pliego de consejos, advertencias, e incluso soterradas críticas, los que como ha sido evidente no han tenido ninguna virtualidad en la práctica radicalmente desreguladora de las principales organizaciones económicas y de los propios Estados.

En resumen, si el reconocimiento de la *Drittwirkung* es algo cada vez más aceptado en el constitucionalismo nacional debe empezar a serlo también en el constitucionalismo internacional.

Precisamente por ello, se plantea como una necesidad el hecho de ampliar la legitimación pasiva ante la Corte de Derechos Humanos más allá de los Estados, reconociendo la posibilidad de que ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte

puedan ser también denunciadas por vulneración de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

La ampliación de la legitimidad pasiva a los particulares, permitiría establecer las bases para la construcción de una teoría de la responsabilidad jurídica de los privados en virtud del derecho internacional público. Desde el punto de vista jurídico, uno de los principales problemas es que las corporaciones económicas no poseen personalidad legal internacional y por tanto, las normas internacionales de derechos humanos no pueden dirigirse directamente a ellas, ni tampoco se les puede exigir responsabilidad internacional por la infracción de las mismas.³¹⁰ Ello refleja la realidad de un sistema legal internacional todavía basado en Estados. Las empresas, extremadamente poderosas, son irresponsables desde el punto de vista jurídico.

Ello no impide sin embargo que a través de la Convención de Derechos Humanos, en tanto tratado internacional, se otorgue personalidad jurídica internacional a las empresas económicas y, en consecuencia, estén sujetas a responsabilidad según la Convención si incumple sus obligaciones de respeto de los derechos.

Actualmente ya no sólo los Estados son sujetos con personalidad jurídica internacional, existen organizaciones internacionales a las que también se ha concedido este estatuto, lo que les otorga facultades para concluir acuerdos con terceros Estados y con organizaciones internacionales, participar en dichas organizaciones, estar sujeta a responsabilidad según el Derecho Internacional si incumple sus obligaciones y emprender por sí misma las acciones pertinentes en caso de que sus derechos sean infringidos. El reconocimiento en el Tratado de Lisboa de la Unión Europea (UE) como sujeto con personalidad internacional diferente a la de sus Estados es un ejemplo de ello³¹¹.

310 G. Ripert. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. LGDJ. París. 1995. p. 354; PH. Le Tourneau. *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*. éd. Dalloz-Dunod. París. 2000. pp. 4 y 269; M. Trigeaud. *Métaphysique et éthique au fondement du droit*. éd. Brière. Bordeaux. 1995. pp. 210 y 458.

311 Aunque en el Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, implicó un cambio de nombre de CEE a UE, no se reconoció todavía de manera clara a la UE como organización con personalidad jurídica diferente a la de sus Estados miembros. No fue hasta la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 1996 de la que surgió el Tratado de Ámsterdam donde varios de los participantes plantean abiertamente la necesidad de dotar a la UE de personalidad jurídica internacional (Ver el informe del Consejo ante la conferencia de representantes de los gobiernos de los Estados miembros, *Personnalité juridique de l'Union*, CONF/3871/96, de 16 de julio de 1996). No obstante, las presiones de algunos Estados (Reino Unido, Francia y Dinamarca) e incluso de la Comisión (que con la reafirmación de la personalidad internacional temía perder competencias) hicieron que, al final, desapareciera del texto definitivo del tratado modificativo del TUE la declaración expresa de la personalidad de la UE. La Convención sobre el futuro de la Unión que preparó el fracasado "Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa" volvió a plantear la cuestión incorporando

¿Quiere esto decir que la UE es sujeto de Derecho Internacional en iguales condiciones que cualquier Estado soberano?

Sí y no, esto es sí aunque con ciertos matices. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 11 de abril de 1949, titulada “Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas” que trataba extensamente de la cuestión de la personalidad internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), dejó sentadas las bases de la cuestión de la personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales, señalando ciertas diferencias entre la subjetividad internacional de los Estados y la de las Organizaciones Internacionales. Mientras que los primeros disponen de la totalidad de derechos y obligaciones internacionales, esto es de personalidad jurídica internacional plena, pues son entes soberanos, las organizaciones internacionales solamente disponen de algunas, siendo por tanto, la suya, una personalidad jurídica internacional limitada³¹².

De todo ello podemos extraer dos conclusiones: una es que no sólo los Estados soberanos pueden tener personalidad jurídica internacional; y la otra es que la concesión de personalidad jurídica internacional a sujetos no estatales no significa que estos tengan las mismas facultades que los Estados, se les puede conceder una personalidad jurídica limitada.

En este sentido, la propuesta de redacción que aquí proponemos dice así:

Los ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte que hayan ratificado la competencia

ya un artículo, el I-7 del Tratado constitucional, que decía de manera clara: “La Unión tiene personalidad jurídica”. Abortado el Tratado Constitucional, el Tratado de Lisboa retomará el tema confiriendo personalidad jurídica expresa a la Unión. El art. 47 TUE-L reproduce literalmente el artículo I-7 del Tratado Constitucional. Además, el Tratado de Lisboa, en su art. 1 párrafo 3 del TUE-L, procede a extinguir a la Comunidad Europea cuya sucesión asume la UE. La Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), sin embargo, continúa existiendo como entidad jurídica separada con personalidad jurídica propia. En resumen, el Tratado de Lisboa implicó la consolidación en una UE con personalidad jurídica internacional de las competencias y funciones que antes ejercían la UE y la CE.

- 312 La personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales les otorga facultades para adherirse a Tratados y estar sujetos a los derechos y obligaciones que de éstos de deriven, pero sólo en aquellas materias o competencias que le han sido delegadas por los Estados. En este sentido se han expresado los Estados miembros de la Unión Europea en la Declaración n.º 24 aneja al Tratado de Lisboa, cuando afirman que el hecho de que la Unión disponga de personalidad jurídica no implica que pueda legislar o actuar más allá de las competencias que le han atribuido los Estados mediante los Tratados. Por esta razón, la extensión de los derechos y obligaciones en virtud de su subjetividad internacional varía de una organización internacional a otra (J.R. Canedo y L.I. Gordillo, “La nueva UE: de la doble personalidad a la crisis de personalidad”. *Revista de Derecho Político*. UNED. No. 78. 2010. p. 346).

contenciosa de la Corte y la obligatoriedad de sus sentencias, estarán jurídicamente obligados a respetar los derechos establecidos en la Convención. Los sujetos con legitimidad activa descritos en los apartados a) b) y c) podrán presentar demanda contra éstos cuando operando en el interior de un Estado parte o fuera de él puedan vulnerar derechos.

De ello se deriva que la Convención está otorgando a los privados una personalidad jurídica internacional que se limita estrictamente a su sujeción a la obligación de respetar los derechos establecidos en la Convención pudiendo en caso de vulneración ser juzgados por la Corte, pero que a diferencia de la personalidad jurídica internacional que tienen los Estados no implica, lógicamente, la facultad de concluir acuerdos con terceros Estados ni otras facultadas propias de los Estados o las organizaciones internacionales.

2.3. Extraterritorialidad y *Drittwirkung* como grandes novedades respecto al actual Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Con la introducción de los dos aspectos anteriores: sustitución del principio de territorialidad por el de personalidad en lo que a la legitimación activa ante la Corte de refiere; más la ampliación de la legitimación pasiva ante la Corte también a terceros privados; estamos superando algunos de los grandes límites que hoy resta eficacia a los diferentes sistemas internacionales de protección de derechos humanos y constituyendo un sistema realmente garantista.

Existen algunos países, donde se permite que un tribunal nacional acuerde una aplicación extraterritorial de la ley nacional del país de origen de la empresa. En Estados Unidos, por ejemplo, este tipo de reclamos han sido posibles a través del funcionamiento de la Ley de demandas de partes contratantes extranjeras (*Alien Tort Claims Act*) de 1789, que dio jurisdicción a las cortes federales para oír las demandas de las partes contratantes para alegar violaciones extraterritoriales de la ley norteamericana por parte de empresas de este país. En el caso “Doe v. Unocal” (Doe v. Unocal, 963 F. Supp- 880 U.S.; 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000), Aff’d. 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001)), ciudadanos de Myanmar demandaron una corporación multinacional norteamericana bajo este estatuto para obtener reparación por un conjunto de abusos sobre derechos humanos presuntamente cometidos por el acusado en Myanmar en el curso de la realización de un proyecto de petróleo y gas y que supuso la reubicación forzosa de personas, el trabajo obligatorio y la tortura. Expandiendo la anterior jurisprudencia que había empezado con la decisión histórica en el caso “Filartiga v. Pena Irala” (Filartiga v. Pena-Irada, United States Court of Appeals, Second

Circuit, 1980, 630 F.2d 876), la Corte declaró que las empresas multinacionales norteamericanas, con sus operaciones extranjeras, también son capaces de violar las normas del derecho nacional, incluyendo normas de derechos humanos, y por tanto, de ser jurídicamente responsables.

En Bélgica, la Ley de Competencia Universal ideó otro mecanismo que permitía que un tribunal belga conociese de cualquier violación de los derechos humanos dondequiera que ésta se hubiera cometido, y con independencia de quiénes fueran los autores y las víctimas. Esta ley fue reformada y más tarde abolida en 2003 por razones políticas y diplomáticas³¹³. O, en Francia, puede recurrirse a un tribunal francés por un hecho cometido en el extranjero en virtud del privilegio de nacionalidad del autor o de la víctima. Así, una víctima puede llevar ante un tribunal francés al autor (persona física o jurídica) de un delito o falta o de un daño cometido en el extranjero. Esta regla es válida tanto en derecho penal (art. L.113.6 y L.113.7 del Código penal) como en derecho civil (art.15 del Código civil y 42 del Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil y Reglamento de «Bruselas I»). Aunque “*los hechos deben estar castigados en la legislación del país donde se han cometido*”, lo que no siempre ocurre. Y “*el procedimiento relativo a los delitos sólo puede entablarse a solicitud del Ministerio Público*” según el art. 113.8 del Código Penal. Un conjunto de condiciones que por el momento han impedido que las demandas presentadas en Francia contra multinacionales francesas hayan dado lugar a los resultados esperados³¹⁴.

Al margen de estos casos de aplicación extraterritorial de la ley nacional, las empresas transnacionales no pueden en general, como decía, ser juzgadas debido tanto a la ausencia de leyes internas que lo permitan, como a la falta de estatuto jurídico en el derecho internacional.

En resumen, de la introducción en el articulado de la Convención de Derechos Humanos del principio de extraterritorialidad en las obligaciones de respeto de los derechos y del posible enjuiciamiento de los privados de Estados parte ante la Corte, se pueden derivar dos interpretaciones posibles, ambas con consecuencias igualmente garantistas:

Una primera es que de ello se puede derivar inmediatamente el hecho de que en todos los Estados firmantes, independientemente de si su ley nacional lo establece explícitamente, se pasa a dar una aplicación extraterritorial de la ley nacional a los privados con nacionalidad o sede en el país. Esto será así

313 A. Bailleux. *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*. éd. Bruylant. Paris. 2005.

314 W. Bourdon. “Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l'homme”. *Revue de sciences criminelles*. 2005, pp. 747-753.

ya que si la Convención de Derechos Humanos establece que los terceros privados son responsables internacionalmente ante la Corte por vulneración extraterritorial de derechos y, a la vez, se fija que sólo podrá acudir a la Corte una vez agotada la jurisdicción interna, puede interpretarse que la exigencia de cumplimiento extraterritorial de los derechos se pueda dar también en los tribunales nacionales.

Una segunda es que, incluso en el caso de que la interpretación anterior no se diera y la ley nacional de un Estado parte no reconociera esa posibilidad, la Convención reconoce que en caso de imposibilidad material de agotar los recursos internos, en este caso por no existir, previa informe del Comité de Acceso a la Justicia el caso podrá ir directamente ante la Corte de Derechos Humanos sin necesidad de agotar la vía interna, con lo cual queda igualmente garantizada la protección de los derechos.

3. Otras novedades: el sistema de indicadores de derechos humanos y los informes especiales

3.1. El establecimiento de un sistema de indicadores objetivos de cumplimiento de los derechos humanos basado en tres áreas de impacto

En el texto de articulado propuesto se otorga a la Comisión una función de control y seguimiento de la evolución general en el cumplimiento de los Derechos Humanos en los países de la región. Para ello es fundamental, primero de todo, el diseño de un sistema de indicadores objetivos de cumplimiento de los derechos en los distintos países.

Entre las propuestas que este informe presenta es la inclusión en el articulado de la tarea de Comisión, durante su primer periodo, de elaborar un sistema de indicadores objetivos de cumplimiento de los derechos humanos en la región.

Ahora bien, si bien el desarrollo de estos indicadores es una tarea que corresponde a la Comisión una vez aprobado la Convención, también es cierto que los indicadores de mediación de derechos humanos no son nunca políticamente neutrales. Los indicadores, incluso cuando los diseñan las mal llamadas agencias “independientes”, acostumbran a responder a mediciones interesadas políticamente para favorecer más a determinados países con unas concepciones ideológicas sobre los derechos que a otros con concepciones distintas.

Por esta razón, consideramos indispensable el hecho de fijar en el articulado de la Convención lo que llamamos tres áreas de impacto en el interior de las cuales la Comisión deberá fijar los indicadores. El hecho de que obligatoriamente tenga

que fijar indicadores en las tres áreas de impacto fijadas garantiza un tratamiento ideológicamente equilibrado de los grupos de derechos que se utilizan para medir el grado de mayor o menor respeto de un país respecto a éstos, así como un seguimiento y control exhaustivo de la garantía de derechos en ámbitos que van más allá de la mera legislación y políticas estatales y que, a menudo, son olvidados por los indicadores tradicionales. Las tres áreas de impacto que se establecen son:

1. Legislación, implementación de políticas y garantía de derechos en el interior de los Estados;
2. Política exterior del Estado y actividad productiva y comercial de las empresas públicas y privadas de cada uno de los Estados;
3. Impactos de la inversión extranjera directa sobre los derechos humanos en el interior de los Estados.

Explicemos, brevemente, la razón de cada uno de ellos:

La primera de las áreas de impacto es muy típica, lógica y no genera muchas controversias, resulta evidente la necesidad de establecer indicadores que permitan medir si la legislación, las políticas y formas de garantía de los derechos existentes en el interior de un país se adecuan o no al cumplimiento del conjunto de derechos que establece la Convención.

Los dos siguientes son mucho más novedosas:

Por un lado, la política exterior de un Estado, medible en término de apoyo y mantenimiento de relaciones políticas o comerciales con terceros estados autoritarios, o de los intercambios económico-comerciales más o menos desiguales con terceros estados, es un elemento claramente determinante del respeto por parte de los Estado miembro de los derechos. La obligación de respeto de los derechos humanos del Estado no puede terminarse con respecto sus nacionales sin preocuparse de los ciudadanos de otros países, los derechos, en tanto son “humanos”, no conocen de fronteras.

Por otro lado, la responsabilidad para prevenir y suprimir violaciones de Derechos Humanos por parte de las empresas públicas o privadas debe recaer, también, tanto sobre el Estado anfitrión en el territorio del cual se encuentra la empresa, como sobre el Estado de origen de la empresa sobre la base de una teoría de control efectivo sobre la red transnacional de actividades de una corporación.

En cuanto a la responsabilidad del Estado anfitrión, todos los Estados tienen el derecho soberano de garantizar el acceso a su territorio a compañías extranjeras

que quieran invertir en el país. El establecimiento de una corporación extranjera en el territorio nacional debe ocurrir y regirse de acuerdo con las leyes nacionales del país en cuestión. Por tanto, parece claro que en los casos en que una compañía opere en un Estado determinado vulnerando sistemáticamente los derechos laborales de los trabajadores o los derechos de las mujeres, entre otros, con la total connivencia de las autoridades y la ley estatal, debe existir algún tipo de responsabilidad internacional para este Estado anfitrión.

Asimismo, deberíamos también, poder hablar de una responsabilidad del Estado de origen de la empresa transnacional pública o privada, sobre la base de una teoría de control efectivo sobre la red transnacional de actividades de una corporación. Los Estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos. Si bien es cierto que esta obligación, es una obligación principalmente territorial, también es cierto e indiscutible que bajo los tratados internacionales de derechos humanos, la responsabilidad de proteger tales derechos se extiende también a actividades fuera de su territorio, siempre y cuando el Estado tenga jurisdicción sobre el actor o la conducta en cuestión.

La propia Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos³¹⁵ han confirmado a través de su jurisprudencia que, en ciertas ocasiones, los Estados parte del convenio son responsables de violaciones de derechos humanos que tienen lugar en el extranjero³¹⁶. Estas consideraciones pueden sustentar el argumento de que, hoy, existen bases legales y racionales para el desarrollo de una teoría de la responsabilidad de los Estados de origen de las empresas que operan internacionalmente. En general, esta teoría puede ser formulada de la siguiente manera: el Estado es responsable de su debido fracaso en actuar con la debida diligencia con respecto a la conducta de las empresas transnacionales en su territorio³¹⁷, cuando esta conducta está causando o pueda causar violación de derechos humanos en un país extranjero

315 El Comité de Derechos Humanos es un órgano convencional formado por expertos independientes que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) por los Estados que lo han ratificado. Normalmente se reúne en tres periodos de sesiones al año, en Ginebra o Nueva York.

316 Ver Resolución del Comité de Derechos Humanos: Caso Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Comunicación Núm. 56/1979, UN Doc.CCPR/C/OP/1 a 92 (1984), para 10.3, donde se establece que “*sería inconcebible que a fin de interpretar la responsabilidad en virtud del art. 2 del Convenio que permita a un Estado parte perpetuar violaciones del convenio en el territorio de otro Estado, violaciones las cuales no podría realizar en su territorio*”; Para la Corte Europea de Derechos Humanos, ver: caso Loizidou v. Turquía 15318/89, 1995 ECHR (13 de marzo 1995), donde se estableció a Turquía como obligada a respetar los derechos humanos en la zona del norte de Chipre ocupada por ella, sobre la base del efectivo control ejercido por Turquía sobre las autoridades territoriales del Norte de Chipre.

317 A pesar de las múltiples subsidiarias que una empresa pueda tener, ésta continúa teniendo el centro de operaciones en su país de origen.

donde la corporación está haciendo negocios a través de sus subsidiarias, y cuando el Estado de origen tiene suficiente conocimiento de que tal conducta puede causar violación de derechos humanos en el extranjero, y tiene los medios legales y técnicos para tomar acciones preventivas para evitarlo. Los Estados de origen se encuentran estrechamente vinculados a la actividad de las empresas transnacionales, en el caso de que la empresa sea pública es evidente, pero incluso cuando es privada también en tanto ellos se benefician de las operaciones de estas empresas a lo largo y ancho del mundo a través de los ingresos por impuestos y el incremento de la riqueza de sus ciudadanos. Además las empresas financian y controlan, cada vez más, la mayor parte de la investigación de muchos de estos países, que es el motor de la innovación tecnológica y el crecimiento económico de los mismos.

4. La emisión de informes especiales

En el actual sistema interamericano de derechos humanos, la Comisión incorpora en el Capítulo IV.B de su informe anual ante la Asamblea General de la Organización, los llamados los informes especiales que la Comisión considera necesarios sobre la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros conforme a determinados criterios.

Como ya hemos señalado anteriormente, los criterios, al igual que los indicadores de mediación de derechos, tampoco son políticamente neutrales. Éstos acostumbra muchas veces a responder a concepciones interesadas políticamente que favorecen más a unos países que a otros.

Para intentar evitar este tendencioso de los criterios, es importante fijar de manera general en el articulado de la Convención, un conjunto de criterios que, partiendo del principio de indivisibilidad e igual jerarquía de los derechos, incluya situaciones donde los informes especiales se elaboren solo por violación de derechos civiles y políticos, sino también sociales, colectivos o de la naturaleza.

Para ello, el la propuesta aquí formulada se mantienen gran parte de los criterios de inclusión de un Estado Miembro en el Capítulo IV.B del Informe Anual establecidos en la actualidad en el art. 59 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; se modifican otros y se incluyen de nuevos.

Algunos de los criterios que se incluyen son: “Cuando los niveles de desigualdad social y pobreza de una cantidad importante de población supere los límites estándar fijados por la Organización de Naciones Unidas”; “Incumplimiento sistemático del Estado con su obligación de combatir los actos de impunidad y corrupción” (ello implica incluir el incumplimiento

grave de los derechos sociales como motivo para ubicar el país en el Capítulo IV.B. El que un Estado tenga su población en la miseria fruto de la omisión del gobierno y actos de corrupción es motivo sobrado para ello); “Ejecución de proyectos de explotación de recursos naturales, de construcción de infraestructuras u otras actividades cuyo impacto ambiental pueda poner en grave riesgo derechos incluidos en la Convención de Derechos Humanos” (incluye la vulneración de los derechos de la naturaleza, en conexión en muchas ocasiones con los derechos colectivos de los pueblos como motivo para ubicar el país en el Capítulo IV.B).

Por otro lado, se han mantenido, algunos con pequeñas modificaciones, los criterios establecidos en el actual Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos después de la reforma de 2013.

CAPÍTULO VI

Justificación de la transversalización de
especiales categorías de sujetos realizada en
la propuesta de Convención

VI. JUSTIFICACIÓN DE LA TRANSVERSALIZACIÓN DE ESPECIALES CATEGORÍAS DE SUJETOS REALIZADA EN LA PROPUESTA DE CONVENCIÓN

1. Cautelas metodológicas

- a) En el ámbito internacional, particularmente en el sistema universal, existe una incipiente aunque rica literatura en materia de transversalización, si bien no enfocada a la redacción y positivización de los derechos, sino a su desarrollo y aplicación, particularmente en el ámbito de las políticas públicas tanto generales como sectoriales. Puesto que hasta el momento no se ha planteado seriamente la posibilidad de que las convenciones y tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se sustituyan por otros textos de nueva planta, el esfuerzo doctrinal y técnico se ha orientado a que el diseño, aplicación, seguimiento y evaluación de políticas públicas tenga en cuenta los derechos humanos según las características de interdependencia e indivisibilidad (el llamado *enfoque de derechos humanos*) y que la totalidad de las políticas públicas, y no sólo las que tienen objeto específico, tomen en consideración las características subjetivas o de situación de especiales categorías de sujetos que sufren de forma estructural la discriminación como un estado de violación de distintos derechos humanos (es el caso del *enfoque de género*, pero también de otras medidas similares destinadas a incorporar sistemáticamente la problemática de las personas con discapacidad, los indígenas, el niño y adolescente [...]).

Lo que aquí se pretende es transversalizar en la propia redacción e incorporación de los derechos, de suerte que se creen vínculos para los poderes públicos a la hora de desarrollar y aplicar los derechos. Para este propósito no resultan útiles las guías y protocolos de transversalización que distintos organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil han venido desarrollado en los últimos años. De esta suerte no existe un *modelo* de transversalización en el reconocimiento jurídico de los derechos, ni siquiera unos criterios unificados a nivel internacional sobre buenas prácticas en esta materia. No existe por tanto un parámetro objetivo y codificado de valoración.

- b) Si el objetivo de la transversalización en el desarrollo y aplicación de los derechos humanos, es el de mitigar por vía aplicativa los límites que para la efectividad de los propios derechos humanos, se derivan de los referentes antropológicos restrictivos que se tuvieron en cuenta a la hora de pensar y reconocer históricamente estos derechos, el objetivo de la transversalización a la hora de reconocer y redactar los derechos humanos debe ser precisamente el

de cancelar esos referentes antropológicos, convirtiendo los derechos humanos en auténticamente universales precisamente porque incorporan en su tenor las diferencias, esto es las características subjetivas o culturales relevantes, las situaciones cuya materialidad implica distintos efectos en la aplicación de los derechos, así como la variedad de necesidades que, a partir de las características y las situaciones, deben atender los derechos humanos en su afán por garantizar una existencia digna.

- c) Las técnicas de introducción de la diferencia en el derecho que se han venido proponiendo, son de muy variado cariz: i) el reconocimiento de derechos diferenciados (que han operado hasta el momento en los casos de género y pluralismo cultural)³¹⁸; ii) el reconocimiento de sujetos diferenciados de carácter colectivo³¹⁹; iii) el reconocimiento de un derecho de participación ampliado que reconozca mecanismos institucionales de introducción de la diferencia en la dinámica de los asuntos públicos: reformas que garanticen realmente la igual representación de los ciudadanos potenciando el papel de las asociaciones intermedias en los procesos públicos de decisión³²⁰; mediante el autogobierno territorial³²¹; estableciendo procedimientos de decisión alternativos que se sumen a los cauces de mediación representada³²².
- d) Los criterios que en el ámbito internacional han guiado la consideración especial de determinados sujetos han sido la idea de “vulnerabilidad”, es decir de riesgo de sufrir violaciones de los derechos humanos por la situación de indefensión en la que el sujeto se encuentra, y a través de la idea de “sujeto con necesidades especiales”. Dentro del ámbito de la “vulnerabilidad”, se ha producido también un progresivo avance desde la concepción del vulnerable como “objeto” de tutela a estimarle como verdadero sujeto que requiere una protección integral, como resulta particularmente ilustrativo en el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

318 Cfr., entre muchos, W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, p. pp. 5-7, 26-33.

319 Cfr. B. Parekh, “The Rushdie Affair: Rearch Agenda for Political Philosophy”, en W. Kymlicka (comp.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, 1997, pp. 303-320.

320 Sería el concepto de “capital social” (R. Putnam, *El declive del capital social. Un estudio internacional sobre las sociedades y el sentido comunitario*, Barcelona, Galaxia Gutemberg, 2003) o de “sociedad post-liberal” (P. C. Schmitter, “La democracia post-liberal ¿tiene futuro?”, en J. F. Tezanos (ed.), *La democracia post-liberal*, Madrid, Sistema, 1996, pp. 21 ss).

321 Cfr. W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, p. 53.

322 En el ámbito del feminismo, cfr. A. Phillips, “Dealing with Difference: A Politic of Ideas or A Politic of Presence”, en S. Benhabib (ed.), *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1996 140-141. En la idea de una maximización de la participación sin límites *a priori* sobre lo que puede decidir la voluntad popular, lo asienta F. Ovejero, *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 153.

Pueden citarse dos ejemplos de esta evolución: Según la Corte IDH el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar³²³; el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que la prohibición de discriminación incluye también la discriminación por asociación, particularmente en el caso de la discriminación laboral de una mujer por la flexibilidad que necesitaba en el trabajo para poder cuidar de su hijo discapacitado, estableciendo que la protección reforzada contra la discriminación de las categorías sospechosas que incluye la norma (“discapacidad”, en este caso) se extiende a las personas que se relacionan con los sujetos especiales³²⁴.

Consecuentemente, la transversalización no puede referirse únicamente a medidas que tengan por destinatario al sujeto especial, sino que el carácter “integral” de la protección que requiere que el tratamiento especial del derecho se irradie al ámbito en el que el propio sujeto especial se inserta.

2. El reto de la transversalización con equidad

A partir de las décadas de los setenta y ochenta del siglo XX se da en los países europeos, una redefinición cultural de fondo de la concepción y de las políticas de igualdad. Se abandona el modelo trabajo-centrista donde el trabajo se concebía como categoría única y central para entender la sociedad y la generación de bienestar y empiezan a surgir nuevos procesos de desconcentración o transversalización de los derechos y las políticas públicas hacia las diversas dimensiones de la igualdad (género, medio ambiente, inmigración, niños, grupos en riesgo de exclusión social, etc.)³²⁵.

323 Vid. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17.

324 Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06.

325 Para poner algunos ejemplos, en materia de políticas de igualdad de género, Naciones Unidas proclamó el año 1975, “Año internacional de la mujer”, el mismo año en que se celebró en México la primera Conferencia mundial sobre la mujer. También en 1975, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó el período 1976-1985 como el decenio para promover la igualdad entre mujeres y hombres. A partir de ese momento, las políticas de igualdad de género atraviesan transversalmente la formación, los contenidos y los impactos de todas las políticas sociales en los diferentes Estados europeos; Asimismo, en materia de relaciones con la naturaleza, en países como Suecia se empieza a tutelar constitucionalmente el medio ambiente mediante el artículo 2 del Capítulo I del *Instrument of Government* de 1974. En Italia, la Corte Constitucional empieza, desde los años ochenta, a otorgar al medioambiente, con base a la lectura conjunta de los artículos 9 y 32 de la Constitución, el carácter de “valor fundamental de la colectividad” (C. cost. 167, 191 y 210/1987). En Austria, el medioambiente pasa también a obtener protección en 1984 a merced de la Ley Constitucional

¿Cuáles son los factores que favorecieron esta transversalización de los derechos y las políticas de igualdad hacia varias de sus dimensiones? Fueron factores tanto objetivos como subjetivos. Desde el punto de vista de los factores objetivos, hay que hacer referencia al derrumbe del modelo fordista-keynesiano. Durante las décadas de los setenta ochenta se pasó de una sociedad previa del pleno empleo ordenada en clases sociales bien definidas y familias nucleares con esquemas rígidos y estables de relación patriarcal entre el ámbito doméstico y profesional, hacia una nueva sociedad con cada vez más gente en puestos de trabajo inseguro o sin trabajo, con múltiples y plurales formas de convivencia con altos grados de monoparentalidad y con un proceso de globalización que acelera el fenómeno migratorio. Ello implicó una fragmentación de los ejes de desigualdad que obligó a una reestructuración del modelo de protección social, debiéndose invertir en programas de igualdad en la esfera reproductiva y de acceso de la mujer al mercado de trabajo, de regeneración de barrios degradados, de rentas mínimas, de algunos casos de desnutrición infantil, de lucha contra el paro juvenil, de aprobación de las primeras leyes de derechos de los extranjeros, etc.; Desde el punto de vista de los factores subjetivos, debemos referirnos a la transformación en los valores prioritarios de la población. Varios estudios, entre los que destacan los de R. Inglehart³²⁶, demuestran empíricamente como a partir de 1970 las prioridades valorativas básicas de las poblaciones occidentales se habían transformado desde el materialismo al posmaterialismo, desde la prioridad de la seguridad física hacia un mayor énfasis en la autoexpresión, el sentimiento de pertenencia a una comunidad, la calidad de vida, etc.

Ahora bien, la transversalización de los derechos en diversas de sus dimensiones no fue sinónimo de disminución de las desigualdades, más bien lo contrario. Ello encuentra su explicación en el hecho de que tal descentralización se llevó a cabo en conexión con la implementación de un nuevo sistema institucional de implementación de las políticas de igualdad llamado con el nombre de *Welfare mix* o de “división social del bienestar”, defendido por autores como N. Johnson (1987)³²⁷ o P. Hirst (1994 y 1997)³²⁸, entre otros. Estos autores, de corte neoliberal, defendieron que la reestructuración de los sistemas de protección social sólo podía funcionar si se hacía

Federal de protección medioambiental comprehensiva. En Alemania, la Ley de Reforma de la Ley Fundamental de 27 de octubre de 1994 otorgó protección constitucional a la tutela del medio ambiente, etc.

326 R. Inglehart, El cambio cultural en las sociedades industriales avanzadas, CIS, Madrid, 1991.

327 N. Johnson, El Estado de bienestar en transición. La teoría y la práctica del pluralismo de bienestar, Ministerio de trabajo y seguridad social, Madrid, 1987.

328 P. Hirst, Associative democracy. New forms of economic and social governance, Oxford Polity Press, Oxford, 1994; From statism to pluralism. Democracy, civil society and global politics, UCL Press, Londres, 1997.

también y a la vez, una reestructuración del sistema institucional que debe intervenir para implementar la protección social. Las viejas instituciones y sus mecanismos de seguridad social de tipo industrialneocorporativo, donde las políticas sociales eran expresión del concierto entre Estado, empresarios y sindicatos, es decir una seguridad social diseñada sobre las relaciones laborales y sobre problemas del mercado de trabajo, ya no son útiles para intervenir e implementar las nuevas formas de protección social (exclusión, políticas de género, medio-ambiental, etc.). El nuevo sistema de protección social sólo puede funcionar si se cuenta con un sistema mucho más amplio, descentralizado, articulado e integrado de intervenciones de protección social. Debe transversalizarse la responsabilidad de prestar igualdad, la igualdad ya no puede asegurarse sólo por el Estado ni por una concertación neocorporativa entre el Estado y los actores del mercado laboral, y proceder a una pluralización de las agencias y actores (empresa privada, tercer sector, familia, redes informales, etc.) que elaboran servicios y prestaciones de bienestar-igualdad de manera conjunta y sin dar prioridad a ninguno de ellos. Debe darse, según los autores citados, la sustitución del “Estado del bienestar” por una “sociedad del bienestar”, donde las políticas de igualdad ya no coinciden con las políticas públicas, la protección social ya no coincide con las instituciones estatales, sino que es implementada por una pluralidad de actores e instrumentos públicos, empresas privadas y asociaciones (fundaciones, ONGs, asociaciones, etc.) o redes informales (el “buen vecino”, la familia, etc.) que pasan a prestar servicios sobre todo, en materia de asistencia social, protección a la vejez, a los pobres o marginados, etc. Por eso se define a éste como un modelo de *Welfare mix* o de “división social del bienestar”. La conexión entre descentralización de la igualdad hacia varias de sus dimensiones con esta reestructuración neoliberal del sistema institucional que debe implementar la igualdad, dio como resultado la generación de mayor desigualdad.

Tal transversalización del poder y responsabilidad de la igualdad entre diferentes actores públicos, privados y particulares, implica varios problemas. Uno es que se abren nuevas oportunidades de inversión para el sector privado que gana terreno en detrimento del Estado, de lo que se deriva una mercantilización de muchos servicios de protección social. Otro, respecto al tercer sector es que muchas veces la frontera entre la intervención asociativa y la mercantil resulta difusa, pero incluso cuando no es así, el tercer sector sólo puede paliar mediante la solidaridad determinados déficits de forma discrecional o parcial, pero sin constituir nunca derechos legales de ciudadanía. Además, en cuanto a la familia o las redes informales, una familia sobrecargada de responsabilidades de cuidado existencial sobre sus miembros le obliga, en la mayoría de casos, a terminar desplazando parte de éstos hacia el mercado. Con lo cual, la idea

de un pluralismo de agencias y actores diferentes que elaboran servicios y prestaciones de bienestar-igualdad de manera conjunta y sin dar prioridad a ninguno de ellos es, en realidad, un falso pluralismo o un “pluralismo sesgado en favor del mercado”.

En consecuencia, si bien partimos de la idea de que la transversalización de los derechos y la igualdad hacia todas sus perspectivas o dimensiones constituye un reto imprescindible en las actuales sociedades, cada vez más complejas y plurales, debemos ser también conscientes que esta sólo será posible si se hace en conexión, no con un modelo neoliberal, sino con un modelo de constitucionalismo nacional e internacional garantista fortalecido basado en el pleno reconocimiento sin jerarquías y en la plena justiciabilidad de todos los derechos, así como una Constitución económica nacional e internacional que garantice un rol activo de los Estados en el proceso productivo y distributivo.

Con este objetivo, y partiendo de una análisis de las principales limitaciones de la propuesta de Convención a revisar desde la perspectiva de género, niños, ancianos, LGBTI, indígenas, naturaleza, minusválidos, colectivos vulnerables y migrantes; así como de un estudio de las fuentes del constitucionalismo latinoamericano que deben ser tenidas en cuenta como ejemplo de transversalización; se presenta una propuesta de modificaciones, adiciones, supresiones en el articulado del proyecto de Convención. Propuestas de transversalización, repito, que sólo tendrán sentido y serán eficaces en el marco de un sistema garantista de democratización y redistribución de la riqueza.

3. Instrumentos y técnicas de transversalización utilizadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Aunque no existe una modelización de transversalización en el reconocimiento de derechos humanos en los instrumentos internacionales, sí es posible encontrar textos con algunos mecanismos y técnicas dirigidas a este objeto:

- a) Tanto en el ámbito universal como en el americano, el instrumento más utilizado es el de promulgar convenciones sobre categorías especiales de sujetos: la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, la *Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada*, la *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* y la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en el ámbito de Naciones Unidas;

los arts. 16, 17 y 18 del *Protocolo de San Salvador*, que reconocen como grupos especialmente vulnerables los niños, los ancianos y las personas con discapacidad; la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (“Convención de Belem do Para”) y la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*, en el sistema americano.

Entre las resoluciones y declaraciones de la Asamblea de Naciones Unidas cabe destacar: *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Reglas de Bangkok), de 21 de diciembre de 2010 (A/RES/65/229); *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, de 13 de septiembre de 2007 (A/RES/61/295); la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, de 20 de diciembre de 1993 (A/RES/48/104); la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, de 18 de diciembre de 1992 (A/RES/47/135); los *Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental*, de 17 de diciembre de 1991 (A/RES/46/119); la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, de 13 de diciembre de 1985 (A/RES/40/144); las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (“Reglas de Beijing”), de 29 de noviembre de 1985 (A/RES/40/33); la *Declaración sobre la participación de la mujer en la promoción de la paz y la cooperación internacionales*, de 3 de diciembre de 1982 (A/RES/37/63); la *Carta de Derechos de los Trabajadores Migratorios en el África Meridional*, de 20 de diciembre de 1978 (A/RES/33/162); la *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, de 9 de diciembre de 1975 (A/RES/3447 (XXX)); la *Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado*, de 14 de diciembre de 1974 (A/RES/3318 (XXIX)); la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, de 20 de diciembre de 1971 (A/RES/2856 (XXVI)); la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*, de 7 de noviembre de 1967 (A/RES/2263 (XXII)); y la *Declaración de los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1959 (A/RES/1386 (XIV)).

- b) Las técnicas que incorporan estos textos son de muy variado cariz:
- i) En casi todos ellos se encuentran obligaciones específicas de los Estados relativas al cumplimiento para el grupo especial de referencia de derechos universalmente reconocidos, como por ejemplo el disfrute de los DESC

(art. 4.2 de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*), las medidas especiales necesarias para el disfrute de los concretos derechos universalmente reconocidos en condiciones de igualdad de los arts. 10-30 de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* o la obligación de establecer mecanismos de protección durante el embarazo, el parto y el puerperio destinados a evitar la discriminación laboral por razones de matrimonio o maternidad o la discriminación en el acceso a la salud y a los medios de planificación familiar (arts. 11 y 12 de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*); puede verse también las obligaciones contenidas en el art. 4.d) de la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, el art. 19.1 de la *Convención de los Derechos del Niño* y el art. 17.2 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*.

- ii) La necesidad de *políticas públicas específicas destinadas al grupo especial de referencia* dentro de políticas públicas más generales, como por ejemplo la investigación científica y tecnológica dirigida a bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal; disponibilidad y uso de nuevas tecnologías; e información accesible (art. 4.1 de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*); o los deberes de los Estados en la lucha contra la trata de mujeres y la prostitución como formas de violencia contra la mujer (art. 6 de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*).
- iii) El *señalamiento de formas agravadas de discriminación*, como por ejemplo la unión entre categorías especiales de discriminación, como es la discapacidad con las de mujer, niño o niña (arts. 7 y 8 de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*), a lo que añadirse las consideraciones sobre la educación inclusiva realizadas por el Comité de los Derechos del Niño³²⁹, o de *especial vulnerabilidad dentro de una categoría especial* previamente definida, como es el caso de las mujeres rurales (art. 14 de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*).
- iv) Reconocimiento de *derechos especiales*, bien de carácter *individual* pero por formar parte del grupo especial de referencia, como por ejemplo el derecho “cuando se trate de mujeres” a “licencia retribuida por maternidad antes y después del parto” (art. 9.2 del *Protocolo de San Salvador*), o derechos *colectivos* del grupo, como por ejemplo el derecho de los pueblos indígenas a reforzar sus propias instituciones y participar, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (art. 5 de la *Declaración de las Naciones*

329 Organización de Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 9 (2006): “Los derechos de los niños con discapacidad” (CRC/C/GC/9, de 27 de febrero de 2007).

Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas) o el derecho al territorio de las comunidades indígenas y tribales, que no sólo se reconoce en el art. 26.1 de la *Declaración* sino que, en relación con el derecho a la vida, ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³³⁰ y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³³¹.

Respecto a los derechos especiales de carácter individual, deben tratarse con cautela porque, como señalamos en el primer informe, el reconocimiento de la licencia retribuida de maternidad en el *Protocolo de San Salvador*, pero no a la licencia de paternidad, supone una doble discriminación: de los hombres respecto a las mujeres en cuanto a la posibilidad de disfrute, y de las mujeres respecto a los hombres, en cuanto a la obligación de asumir todos los costes y cargas derivados de la crianza.

Los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género³³², redactados del 6 al 9 noviembre de 2006 por un grupo de expertos, se pone el acento en la especial problemática LGBTI con respecto a los derechos humanos tradicionalmente protegidos y algún otro de carácter más novedoso, como el derecho a participar en la vida cultural (principio 26), acompañándose de una serie de recomendaciones a los Estados para evitar o poner fin a las discriminaciones.

Estos principios ponen de relieve un aspecto importante: la diversidad de derechos que pueden verse afectados debido a la discriminación por razón de orientación sexual o identidad sexual, de tal forma que en los derechos universalmente reconocidos como puedan ser derecho a la seguridad personal, a las libertades de expresión o manifestación, requieren un reconocimiento específico o una especial protección por parte de los poderes públicos para lograr que estas personas no vean vulnerados derechos debido precisamente debido a su orientación o identidad sexual.

330 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 150 y 178; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 161.

331 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(f).

332 Antes de la elaboración de los citados Principios, en 2003, se había presentado ante la ONU una primera propuesta para emitiera una resolución sobre los derechos de homosexuales y transexuales, formalizándose por la Misión Permanente de Brasil un proyecto de Resolución “Sobre los derechos humanos y la inclinación sexual” en la Comisión de Derechos Humanos el 17 de abril de 2003, conocida como la Resolución Brasileña, a la que después siguieron otras.

Además algunos derechos están específicamente destinados al colectivo LGBTI como el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica o el derecho de protección frente a los abusos médicos.

- v) El establecimiento de *prohibiciones específicas* de carácter general para el Estado, como es la prohibición de asimilación forzada del art. 8.1 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.

4. Justificación concreta de las medidas de transversalización

4.1. Obligaciones Generales de los Estados

Se considera oportuno establecer la primera medida de transversalización en el artículo dedicado a las obligaciones generales de los Estados, como la exigencia de que, al cumplir las obligaciones de respetar, proteger, realzar y reparar íntegramente los derechos humanos, los estados deban tomar en consideración: a) por una lado, las circunstancias subjetivas de las personas (de identidad o de opción); b) por otro lado, las circunstancias especiales de esas personas (de pobreza, de sometimiento, de vulnerabilidad).

Las obligaciones concretas establecidas en el apartado son “tener en cuenta” y establecer si “resultan relevantes”, es decir, la obligación de hacer un juicio acerca de la relevancia de las características subjetivas y de las circunstancias materiales que califican subjetivamente el caso. Es decir, lo que se obliga es a adoptar directrices de actuación similares al “enfoque diferencial” que ha sido desarrollado en Colombia por el Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el cual fue creado por el Decreto 4100 del 2 de noviembre de 2011, para articular y coordinar las normas, las políticas, las entidades y las instancias del orden nacional y territorial, y promover así el respeto y la garantía de los derechos humanos y la aplicación del DIH.

El momento en el que se exige este “juicio de relevancia” es a la hora de concretar las obligaciones del Estado a la luz de la Convención. Con esta formulación se pretende abarcar la totalidad del ciclo de los derechos humanos, desde su concreción o desarrollo legislativo, pasando por su implementación administrativa, hasta su control judicial. Igualmente debería tenerse en cuenta a la hora de definir las garantías.

Se ha optado también por establecer las principales categorías de especialidad subjetiva con un grado de concreción muy superior al de la actual *Convención*. Puede sorprender la inclusión de algunas categorías: las “mujeres que habitan un medio rural” se basa en el art. 14 de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, específicamente

dedicado a la mujer rural y a su problemática específica, ordenando el apartado 1 a los Estados que “tengan en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía”.

La inclusión de las personas “migrantes” se basa en el tratamiento especial establecido en la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y la *Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, si bien aquí se ha preferido la más amplia categorización “personas migrantes” (que incluye tanto a los emigrantes como a los inmigrantes, teniendo en cuenta que los países de la región son tanto generadores de emigración como receptores de inmigración, por lo que debe tenerse en cuenta tanto la situación de los migrantes en los países de recepción como las obligaciones respecto a ellos de sus países de origen), a la de “trabajadores migratorios” contenida en la Convención, que resulta más restrictiva y puede expulsar de su ámbito de aplicación realidades como las de los desplazados forzosos transfronterizos.

El SIDH ha reconocido en los migrantes en situación irregular un conjunto caracterizado por una extrema vulnerabilidad. La Corte IDH se ha expresado con claridad en la Opinión Consultiva OC-18 sobre “La condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados” sobre esta materia³³³. Asimismo, en sus informes la CIDH se ha expresado en igual sentido³³⁴.

333 “Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18, del 17 de septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párr. 112. Idéntica posición se lee en el Voto Concurrente de A. A. Cançado Trindade (párr. 15) y en el Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio Ramírez (párrs. 9 y 11).

334 CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, Apartado “Trabajadores migratorios, personas que buscan asilo, refugiados y extranjeros”, 2002, Párr. 375; CIDH, Informe sobre República Dominicana, Capítulo IX: “Situación de los trabajadores migrantes haitianos y sus familias en la República Dominicana”, 1999; CIDH, Informe 2001, Capítulo IX, “Situación de los trabajadores migrantes haitianos y sus familias”.

La inclusión de las personas “en situación de desplazamiento forzoso”, se incluye de conformidad con los *Principios rectores de los desplazamientos internos*³³⁵, documento redactado por un grupo de expertos por encargo del Secretario General de las Naciones Unidas y que hasta el momento no ha sido adoptado por ningún órgano político del sistema, pero que en realidad supone un esfuerzo de síntesis de las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y Derecho Internacional Humanitario (DIH) relativos a la problemática del desplazamiento³³⁶. La problemática concerniente a los derechos humanos de estas personas resulta evidente, por lo que no requiere de especial justificación jurídica, y ha sido reconocida, por ejemplo, por la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia.

La inclusión de la población LGBTI como categoría especial de sujetos se basa en la gravísima situación de discriminación y violencia que sufren estas personas en la región. El 3 de junio de 2008, la Asamblea General de la OEA aprobó la Resolución n. 2435 (XXXVIII-O/08), bajo el título “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, el tema se hizo oficial para este organismo, estando presente en las diversas agendas de sus órganos. La resolución fue aprobada ante la preocupación por el aumento de violencia contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, entendiendo que la propia OEA debería incluir tal temática en su agenda.

Al año siguiente, en 2009, la Asamblea General aprobó la Resolución n. 2504 (XXXIX-O/09) bajo el mismo título, solicitando a los Estados que adopten medidas para responsabilizar internamente a aquellos que perpetran actos de violencia contra individuos, a causa de su orientación sexual e identidad de género y que además, garanticen la protección de los defensores y defensoras de los derechos humanos que actúan sobre esa temática. En 2010 fue aprobada una nueva Resolución de la Asamblea General, la 2600 (XL-O/10). En ella se reiteran las decisiones anteriores y además se determina que los Estados deben adoptar garantías de no repetición y de acceso a la justicia. Al año siguiente, se aprueba otra Resolución - AG/RES. 2653 (XLI-O/11) -, esta vez con una previsión de medidas más concretas para los Estados miembros, la Comisión Interamericana y otros órganos de la OEA. La Asamblea General determina que los Estados implementen las políticas públicas contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Mientras que para la CIDH, la Asamblea General establece que el tema sea incluido en su plan de trabajo, que presente un informe elaborado con la ayuda de los Estados sobre

335 Naciones Unidas. E/CN.4/1998/53/Add.2.

336 Véase el Informe del Representante para el año 2003, E/CN.4/2003/86, párr. 13.

tal asunto, y que en cooperación con el Comité Jurídico, haga un estudio sobre las implicaciones jurídicas y los aspectos conceptuales y terminológicos que rodean la temática.

Durante el 143º Período de Sesiones, en noviembre de 2011, la CIDH decidió crear una Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexo, que comenzó a funcionar en febrero de 2012. En 2013, en la Asamblea General celebrada en La Antigua (Guatemala) la OEA adoptó la Resolución 2807 (XLIII-O/13) de la Asamblea General (GA 2807) sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual y Expresiones de la Identidad de Género”. El proceso culmina con la aprobación por la Asamblea General de la OEA el 5 de junio de 2013, de la *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*.

La pauta de las audiencias públicas promovidas por la CIDH, se ha caracterizado por el debate en torno al tema en cuestión desde 2005, cuando trató de los grupos vulnerables en Honduras; en 2006 de la discriminación por orientación sexual en Perú; culminando con una audiencia sobre las Américas en materia de discriminación por género, raza y orientación sexual en 2008. A partir de entonces, todos los años la CIDH realiza audiencias sobre el asunto: 2009, situación de Colombia y regulación de la unión entre homosexuales; 2010, situación de Brasil, Venezuela y países de América Central; 2011, situación de Haití; 2012, casos de Guatemala; 2013, situación de los derechos de las Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI) para indígenas y, en particular, de los derechos de los intersexuales y las lesbianas.

Finalmente, se establece una categoría residual como es la de personas que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad, dejando así manifiesto que no es función de la norma de reconocimiento establecer a priori y de forma exhaustiva las situaciones que pueden dar lugar a un tratamiento diferenciado para la adecuada protección de los derechos humanos, sino que es labor del legislador y del aplicador del derecho establecer la obligación, en el primer caso, y cumplirla en el segundo, de analizar las circunstancias subjetivas y objetivas del caso.

La CIDH ha alertado también sobre el esfuerzo que se hace necesario para la identificación en cada tiempo y lugar de los grupos vulnerables, ya que pueden variar según el momento histórico y las sociedades³³⁷.

337 “La identificación de ‘grupos en situación de vulnerabilidad’ varía en cada sociedad y en cada momento histórico y también, en este sentido, cada Estado debe definir cuáles son esos grupos para formular políticas de inclusión apropiadas que les garanticen el ejercicio pleno de todos sus derechos”. CIDH, Informe Acceso a la Justicia. Para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, 2007, párr. 118.

4.2. Obligaciones Específicas de los Estados

Siguiendo los ejemplos de la legislación de países como Colombia o Costa Rica, se propone añadir “establecer, *tanto para los ciudadanos, como para los menores de edad y los extranjeros*, recursos sencillos [...]”.

En la legislación colombiana se hace especial énfasis a la accesibilidad de la tutela, señalando que toda persona por sí misma o confiriendo poder a otra³³⁸, en cualquier día del año y a toda hora del día³³⁹, así como en todo lugar³⁴⁰, puede hacer uso de la tutela, lo cual hace titulares de la misma no sólo a los ciudadanos sino también a los menores de edad³⁴¹ y a los extranjeros³⁴².

Asimismo, en Costa Rica, la existencia de una centralizada y muy simple jurisdicción de amparo ante la sección constitucional de la Corte Suprema ha dado notorios resultados, por ejemplo denuncias llevadas a cabo por niños impugnando decisiones educacionales de los directores de escuelas.

338 En la Sentencia T-044/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell) en la que el demandante interpuso la acción en nombre de una anciana de noventa y dos años, la Corte Constitucional aclaró que se requiere que la persona en cuyo nombre se presente la demanda ratifique los actos de quien la interpone.

339 Decreto 2591 de 1991, arts. 1 y 10.

340 De esta manera pueden conocer en primera instancia los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar en el que ocurra la violación o la amenaza de un derecho. En caso de que la violación de un derecho se presente en un sitio distinto a aquel en que tiene sede la autoridad pública responsable, el juez competente es el del lugar en el que el peticionario resultó afectado (Decreto 2.591 de 1991, art. 37).

341 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-341 de 1993, MP. José Gregorio Hernández.

342 Cuando una persona no pueda hacer uso de la tutela por motivos circunstanciales, entre otros por encontrarse enferma o tratarse de un menor, cualquier persona puede obrar como agente oficioso y presentar la tutela en defensa de derechos ajenos. El Defensor del Pueblo y los personeros pueden hacer uso de la tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o esté en situación de desamparo o indefensión, o en nombre de colombianos residentes en el extranjero que sean afectados por la acción o la omisión de una autoridad colombiana (Decreto 2.591 de 1991, arts. 10 y 46 a 51). Cuando se trate de hechos ocurridos en el extranjero cualquier juez del país es competente para conocer de la solicitud de tutela (Corte Constitucional, Sentencia T-596 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes). La Corte Constitucional ha reiterado que las personas jurídicas sí son titulares de derechos fundamentales, y por ello, pueden solicitar la acción de tutela. Su posición se encuentra en la Sentencia T-142/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell) y la SU-570/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell). En la Sentencia T-566/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell) aclara que un afiliado no puede interponer una acción de tutela en nombre de todo un sindicato, porque la protección de éste recae en el sindicato mismo. Ver también la T-173/93 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

4.3. Normas generales de interpretación y aplicación

Los apartados 1 e) y f) se dirigen a evitar que por vía interpretativa pueda excluirse la aplicación de derechos especiales mediante su pretendida incompatibilidad con interpretaciones de carácter general u homogéneo de otros derechos reconocidos en términos más amplios o universales, que eventualmente puedan considerarse como jerárquicamente superiores o menos susceptibles de sacrificio en el contexto de una ponderación [apartado 1 e)]; y, específicamente, que pueda limitarse la aplicación de derechos o facultades diferenciados reconocidos a sujetos especiales, a través de una interpretación del derecho a la igualdad como un exclusivo mandato de igualdad u homogeneidad jurídica [apartado f)].

4.4. Dignidad humana

En el apartado 1, se señala como uno de los fundamentos, contenidos y fines de la Convención, la participación activa en la realización de los derechos humanos, en el desarrollo económico, en la cultura y en las decisiones públicas a través de instituciones adecuadas, así como el acceso a los beneficios y bienes públicos de la vida en común. La participación activa en la realización de los derechos humanos creemos que es un elemento fundamental de transversalización por cuanto se dirige a introducir un instrumento dinámico en el desarrollo y cumplimiento de los derechos humanos, que debe llevarse a cabo con la presencia activa de sus titulares, precisamente para que puedan poner de manifiesto las problemáticas particulares de los grupos especiales de protección, dando así contenido al paso que señalábamos en el primer apartado de este informe de la consideración de estos grupos como objeto de tutela, a sujetos integrales de protección.

4.5. Diversidad y pluralismo

El presente artículo establece el marco general de reconocimiento y protección de la pluralidad y por tanto la base general en la que se apoya la transversalización de los derechos humanos de grupos especiales de personas. Desde dos puntos de vista:

- 1) *Por su ubicación sistemática.* El pluralismo y la diversidad se reconocen justo después de la dignidad humana, la satisfacción de las necesidades de los hombres, de las mujeres y de los grupos en que se insertan y la participación activa en su realización, como fundamento, contenido y fin de los derechos humanos, de suerte que el respeto al pluralismo y la diversidad son un

contenido de la dignidad humana y su protección un fin de los derechos humanos; y justo antes del reconocimiento del derecho a la igualdad, por lo que la igualdad debe entenderse en el marco del respeto a la diferencia y no la diferencia como una excepción a la aplicación del principio de igualdad. De esta manera se pretende que la aplicación de la igualdad sea, en todo caso, un juicio acerca de la relevancia de las diferencias a la hora de establecer tratamientos jurídicos diferenciados o uniformes, y no un mandato general de homogeneización jurídica.

- 2) *Por su contenido.* En el artículo se diferencia entre “pluralismo político, social y de formas de vida”, entendido como pluralidad de opciones ideológicas, religiosas, estéticas, de comportamiento que toma un ser humano a lo largo de su vida y que deben ser amparadas por el ordenamiento jurídico como ejercicio legítimo de la libertad, no pudiendo ser restringidas por las normas de orden público salvo para la protección de los derechos de los demás; y “diversidad étnica, lingüística y cultural”, entendida como pluralidad de situaciones de hecho. De lo que se trata es de ampliar lo máximo posible el supuesto de protección de la norma, distinguiendo situaciones contextuales y volitivas. Si el “pluralismo” se refiere, dentro de un contexto cultural homogéneo, a la protección del derecho a optar por diferenciarse de los modos mayoritariamente aceptados de pensamiento y comportamiento, incluida la pretensión de llevar a cabo acciones para convertir esos modos diferenciados en mayoritarios en el futuro, la “diversidad” apunta a la protección de la diversidad de colectivos humanos que ya están diferenciados, en un sentido cultural amplio, de la mayoría de la sociedad o de los grupos dominantes. El apartado 2, supone el reconocimiento de un conjunto de derechos asociados a la protección de la diversidad cultural, entendido como derecho a vivir como pueblos distintos. Se redacta según lo establecido en el art. 7.2 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, completado con la prohibición de la asimilación forzada (art. 8.1) y el derecho a reforzar sus propias instituciones y participar, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (art. 5); si bien se extiende a la población afrodescendiente entendida como una comunidad culturalmente diferenciada, en la línea del art. 56 de la Constitución ecuatoriana y el art. 3 de la Constitución de Bolivia y consecuentemente beneficiaria de la protección de su diversidad. Debe tenerse en cuenta que todos los Estados de América Latina votaron a favor de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, con la excepción de Colombia que se abstuvo. Sin embargo, Estados Unidos y Canadá votaron en contra.

El apartado 3 se inspira en el art. 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y los arts. 14 y 16.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. El apartado 4 supone la garantía de las medidas afirmativas que se vienen a consagrar en el artículo siguiente. Referencias similares se encuentran en el art. 1.4 de la *Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia* y el art. 1.5 de la *Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia*. Como señalamos en el informe anterior, el apartado 4 se dirige a evitar un problema derivado de estas Convenciones, que establecen que las acciones afirmativas no constituyen discriminación siempre que “no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no se perpetúen después de alcanzados los objetivos” (en los arts. 5 de ambas Convenciones se reitera que las acciones afirmativas “no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos, y no deberán perpetuarse más allá de un periodo razonable o después de alcanzado el objetivo”). Por tanto, se está declarando como discriminación el reconocimiento de derechos colectivos de grupo, que son precisamente el instrumento que el DIDH se ha dado para la introducción de la diferencia cultural en su ámbito de protección.

4.6. Igualdad

En el apartado 2 se establece la prohibición de discriminación, se definen y se particularizan las denominadas “categorías sospechosas” de la discriminación. Se ha considerado oportuno introducir una definición de “categorías sospechosas” con un objeto lo más amplio posible con el objeto de incluir las discriminaciones presentes y pasadas, pero capaz de prevenir las futuras (nacimiento, etnia, sexo, identidad de género o cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, diferencia física o cultural y otras condiciones personales, colectivas, sociales y culturales).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, las distinciones basadas en categorías expresamente mencionadas, exigen un refuerzo en el control y la justificación³⁴³. Se trata de un instrumento adecuado para corregir las discriminaciones, pero al mismo tiempo hace más compleja la posibilidad de dictar medidas correctoras diferenciadas

343 Comité de Derechos Humanos, caso Vos (H.S.) c. Países Bajos (1989), párrs. 11.3 y 12; Caso Müller y Engelhard c. Namibia (2000); caso Fábryová c. República Checa (2000).

a favor del acceso a bienes de grupos en situación de debilidad, que necesitan también de un especial control y justificación, y de medidas protectoras de la diversidad cultural, en tanto generan un régimen jurídico diferenciado en favor de estos grupos. Por ello el reconocimiento amplio de categorías sospechosas de la discriminación es un arma de doble filo: por una parte, visibiliza los grupos tradicionalmente discriminados y en situación de debilidad, dando una base normativa para que el estado tome medidas correctoras a su favor. Pero, por otro lado, al forzar una especial justificación por parte del legislador y un control reforzado por parte de los tribunales, puede actuar como un elemento desincentivador de la adopción de medidas correctoras diferenciadas que, dado su tratamiento técnico normativo, pueden verse como instrumentos excepcionales.

Para evitarlo, se introduce, por una parte la prioridad en la atención por parte del Estado de los grupos discriminados, que es una constante en las Convenciones que luchan contra la discriminación; y, por otra parte, el apartado 3, que ratifica expresamente la compatibilidad entre la igualdad reconocida en la Convención y las medidas correctoras, y apunta que las categorías sospechosas del apartado anterior no lo son únicamente a efectos de la especial justificación y el control más intenso, sino principalmente a efectos de concretar los elementos que definen los grupos tradicionalmente discriminados en la región y que, por tanto, justifican también la adopción de medidas correctoras. Se sigue así la línea del art. 2.b) de la *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad* de declarar expresamente que la discriminación positiva, las acciones afirmativas y en general todas las medidas especiales y particularizadas destinadas a corregir las situaciones de debilidad en el disfrute y ejercicio de los derechos y las situaciones de discriminación, no constituyen una violación del derecho a la igualdad.

Como criterios de justificación de tales medidas se introducen los tradicionales de la situación efectiva de discriminación y la situación de debilidad, pero también las situaciones objetivas de diferenciación cultural necesitada de protección. De esta suerte, se pone de manifiesto que las categorías de la “diversidad” pueden ser beneficiarias de medidas de protección diferenciada por parte del estado respecto a otros grupos humanos, pero que no *todas* las situaciones de diferenciación cultural son susceptibles de esta protección diferenciada.

El apartado 4 establece la obligación de los estados de “lograr una representación equilibrada de género y entre comunidades étnicas y culturales en los organismos, las decisiones y las acciones públicas”. Por una parte, se ha preferido la expresión “representación equilibrada”, tanto para el género como para las comunidades étnicas y culturales, por cuanto da mayor margen de apreciación a los estados sobre la mejor forma de llevarlo a cabo. Podría

haberse diferenciado entre “representación igual o paritaria” para el género y “representación equilibrada” para la diversidad cultural, pero, desde un punto de vista jurídico, no existe acuerdo ni siquiera dentro del propio movimiento feminista sobre la bondad de las cuotas participativas como un instrumento idóneo para superar la discriminación de género en el acceso a cargos de responsabilidad; y, desde un punto de vista fáctico, la situación de incorporación de la mujer a la vida política es, aunque en términos generales discriminatoria en toda la región, muy distinta entre los diferentes estados, por lo que imponer una “representación igual o paritaria” puede resultar contraproducente, dando lugar a prácticas meramente formales de incorporación de mujeres a listas electorales para cumplir el requisito, pero que luego renunciarán a sus cargos o a mujeres que se sienten incapaces de llevar a cabo determinadas responsabilidades que ejercen formalmente, pero bajo el control de instancias burocráticas dominadas por varones. Por otra parte, el objeto de la representación equilibrada no se reduce exclusivamente a los órganos políticos representativos, sino a todas las decisiones y acciones públicas, que deberán así contar con mecanismos de presencia de las mujeres y de las minorías étnicas y culturales, dando así efectividad a la participación en la realización de los derechos.

4.7. Derecho a la vida

En el apartado 5 se introduce el derecho colectivo al territorio en el que realizan sus actividades de subsistencia y a la utilización de los recursos que en él se encuentran, de las comunidades indígenas y tribales, como una concreción del derecho a la vida, en los términos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁴⁴ y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁴⁵.

4.8. Derecho a la identidad: la identidad de los niños y el reconocimiento de la identidad sexual y el cambio de sexo como derecho.

¿La transexualidad como cuestión de salud o de identidad?

a) La identidad de los niños

344 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawboyamaca Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 150 y 178; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 161.

345 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awat Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awat Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(f).

El derecho a la identidad se introduce en el ámbito internacional de los derechos humanos por el art. 8.1 de la *Convención sobre los derechos del niño*. En la formulación propuesta, se recogen las dos dimensiones del derecho a la identidad, por un lado el derecho a ser reconocido individualmente (a través del nombre, la nacionalidad, la filiación y las relaciones familiares, que se recogen en los términos de los arts. 7 y 8.1 de la *Convención sobre los derechos del niño*), y por otro el derecho a forjarse una identidad relacional, de carácter sociocultural o meramente estético.

En este último caso, se prefiere una tipificación amplia próxima al art. 21 de la Constitución ecuatoriana, en vez de la redacción del art. 30 de la *Convención sobre los derechos del niño*, que lo reduce a practicar la propia vida cultural, profesar la propia religión y emplear el propio idioma, o a la del art. 33 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, que lo reduce a determinar la identidad conforme a las costumbres y tradiciones. Por una parte, el derecho a la identidad diferenciada no es un patrimonio exclusivo de las comunidades indígenas, aunque en este caso el derecho pueda cobrar los perfiles de un derecho de defensa frente a las intromisiones destructivas de culturas más poderosas en cuanto a medios de difusión y propaganda, sino que es un derecho universal. Por otra parte, una de las características más reiteradas por los estudiosos de las sociedades contemporáneas, es la fragmentación, fluidez y maleabilidad de las identidades sociales contemporáneas, que no podrían fijarse en estructuras objetivas preestablecidas como la religión, las costumbres etc. De ahí que no se haga referencia sólo a la identidad cultural, sino también estética. Se recoge también el derecho a la expresión de la identidad cultural en el espacio público, con las limitaciones de ocupación y uso de este espacio establecidas normativamente para hacerlas compatibles con los demás derechos que necesitan del espacio público para ejercerse o estar garantizados.

- b) Reconocimiento de la identidad sexual y el cambio de sexo como derecho
¿La transexualidad como cuestión de salud o de identidad?

Otra de las modificaciones que se propone incorporar es el reconocimiento de la identidad sexual y el derecho de todas las personas a decidir sobre su sexo. En este sentido, se fija que los sistemas sanitarios públicos deberán garantizar de manera gratuita el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

La incorporación de este artículo conlleva ubicar a la Convención de Derechos Humanos como uno de los textos internacionales más avanzados en materia de reconocimiento de los derechos LGBTI.

Existen otros países donde el sistema público de salud presta esta operación, antes hemos puesto el ejemplo de la Comunidad Autónoma de Andalucía en España. Sin embargo, el planteamiento que aquí se hace de la operación de cambio de sexo es totalmente diferente.

En Andalucía se presta la cirugía de cambio de sexo dentro del marco del derecho a la salud. Así, partiendo de los estudios de C. Chiland, se entiende que el transexualismo representa la forma más grave de los Trastornos de la Identidad de Género³⁴⁶. Concretamente se asocia al concepto de “Disforia” creado por Norman Fisk en 1973, en el sentido de que la transexualidad es un trastorno que produce ansiedad asociada al conflicto entre la identidad sexual y el sexo asignado³⁴⁷. En consecuencia, que la transexualidad debe incluirse en las clasificaciones internacionales de las enfermedades y es un problema de salud grave pero poco frecuente, precisamente por eso, la operación de cambio de sexo debe prestarse de manera gratuita en tanto parte del derecho a la salud.

El reconocimiento que aquí se propone hacer de la transexualidad y de la cirugía de cambio de sexo es no desde el punto de vista de una cuestión de salud sino de identidad.

El derecho a que el Estado ponga a tu servicio los medios necesarios para el cambio de sexo lo incluyó como parte de los “derechos de identidad”, no del “derecho a la salud”. Por tanto, se reconoce el derecho a la identidad sexual como un derecho subjetivo y autónomo del que se deriva el derecho, mediante decisión libre, informada, voluntaria y responsable, a proceder a un cambio de sexo y a que el Estado te lo garantice de manera gratuita y en condiciones seguras.

4.9. Derecho a la Familia: el reconocimiento de las múltiples formas de familia, la adopción de niños o niños por parte de parejas de un mismo sexo y la ruptura de la división espacio-género

a) El reconocimiento de las múltiples formas de familia

No se prejuzga el sexo de los cónyuges ni en la formulación del derecho al matrimonio ni en el de fundar una familia sobre la base de análogas relaciones, por lo que resultaría contrario a la Convención la prohibición del matrimonio homosexual o su acceso a la adopción. Buena parte del desarrollo normativo de la igualdad de género en el ámbito constitucional latinoamericano se ha realizado

346 C. Chiland, *Cambiar de sexo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

347 *Ibíd.*

en el contexto de un proceso que podemos denominar de “constitucionalización de la familia”, el que se ha replicado a nivel comparado, particularmente en la dimensión de judicialización de la regulación legal de la familia, ante cortes constitucionales e internacionales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que, desde el año 2007, ha extendido a personas homosexuales y transexuales derechos que eran exclusividad de familias o parejas conformadas por un hombre y una mujer; y la reciente decisión del Tribunal Constitucional chileno, en el marco de un procedimiento incidental de inaplicabilidad, a propósito del art. 102 del Código Civil (Rol 1881-10, de fecha 03/11/2011); se inscriben en esta línea. En el nivel internacional, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha resuelto varios asuntos relacionados con la diversidad sexual y su vinculación con la vida familiar y el derecho al matrimonio. No obstante, la jurisprudencia de este órgano ha sido un tanto ambivalente. Por un lado, ha considerado que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia tradicional para resguardar su interés superior, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada y el fin perseguido (*Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, 1996), pero en lo concerniente a la aplicación de la igualdad a parejas homosexuales respecto del derecho al matrimonio, la Corte se ha mantenido fiel a su doctrina del margen de apreciación (*Schalk et Kopf vs. Austria*, 2010). En cambio, ha reconocido este último derecho a las personas transexuales (*Goodwin vs. Inglaterra*, 1997). La sentencia de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, se inscribe también en este proceso.

La redacción de este derecho se realiza de conformidad con las recomendaciones realizadas por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y el Comité de los Derechos del Niño. Sin embargo, se han introducido algunos elementos de matización de la universalidad con la que el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer realiza sus recomendaciones en materia de edad para el matrimonio, en atención al interés superior del menor: en este caso, el riesgo de desculturización, prohibida por la *Convención de los Derechos del Niño* y la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. En todo caso, la posibilidad de aceptar uniones realizadas entre contrayentes menores de 18 años se limita al cumplimiento de los requisitos de consentimiento, tanto respecto a la unión, como a la elección del o la contrayente.

El apartado 1 recoge el derecho a establecer una familia, que por tanto se define en términos más amplios que el tradicional “derecho al matrimonio” establecido en los instrumentos de DIDH, ya que el matrimonio es uno de los

medios que en el derecho contemporáneo se reconocen para la formación de una familia. Los límites que se establecen son: la edad, que se establece como mínimo en 18 años, siguiendo la Recomendación General N° 21 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer³⁴⁸, lo que además es conforme con la definición de “niño” del art. 1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* que no incluye derecho alguno al matrimonio³⁴⁹. Debe tenerse en cuenta que El Comité de los Derechos del Niño considera como discriminatoria toda legislación que establezca una edad mínima para el matrimonio del varón y otra distinta para la mujer³⁵⁰. Asimismo, considera discriminatoria la legislación que define la edad mínima para el matrimonio en función del criterio de “pubertad”³⁵¹; la consanguineidad, que es una restricción razonable según este mismo Comité³⁵²; y el consentimiento libre y pleno, que se refiere tanto al vínculo como a la elección del contrayente³⁵³. La obligación de registrar el matrimonio está establecida en el art. 2 de la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud (1953) y en el art. 16.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

La igualdad entre cónyuges o personas en situación análoga se redacta en los términos establecidos por el art. 16.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

El apartado 3 recoge el derecho del niño a una familia sustituta en los términos del art. 20 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*. Debe tenerse en cuenta que el art. 20.3 de dicha Convención coloca el internamiento en instituciones de acogida como un último recurso subsidiario a la familia

348 Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, párrs. 36 y 37 (1994).

349 El Comité de los Derechos del Niño considera como discriminatoria toda legislación que establezca una edad mínima para el matrimonio del varón y otra distinta para la mujer. Así mismo, considera discriminatoria la legislación que define la edad mínima para el matrimonio en función del criterio de “pubertad”. Véanse por ejemplo sus Observaciones finales sobre los informes de Bolivia (A/55/41, párr. 349), respecto a la edad de 14 años para mujeres y 16 para varones y Trinidad y Tobago (A/53/41, párr. 1136). La edad mínima varía no sólo según el sexo de la persona, sino también la religión (CRC/C/11/Add/10, párr. 23). Véanse también sus Observaciones finales sobre los informes de Irán (CRC/C/15/Add.123, párr. 19), Bolivia (CRC/C/15/Add.95, párr. 16) y Ecuador (CRC/C/15/Add.93, párr. 17).

350 Véanse por ejemplo sus Observaciones finales sobre los informes de Bolivia (A/55/41, párr. 349), respecto a la edad de 14 años para mujeres y 16 para varones, y Trinidad y Tobago (A/53/41, párr. 1136). La edad mínima varía no sólo según el sexo de la persona, sino también la religión (CRC/C/11/Add/10, párr. 23).

351 Véanse por ejemplo sus Observaciones finales sobre los informes de Irán (CRC/C/15/Add.123, párr. 19), Bolivia (CRC/C/15/Add.95, párr. 16) y Ecuador (CRC/C/15/Add.93, párr. 17).

352 *Ibid.*, párr. 16.

353 *Ibid.*

sustituta según las distintas modalidades que puedan establecerse. En todo caso, la opción de guarda y acogida se somete al superior interés del menor.

- b) La adopción de niños o niños por parte de parejas de un mismo sexo y la ruptura de la división espacio-género.

En la redacción referida a los permisos laborales por maternidad o paternidad, se incluye en el redactado una mención expresa a la posibilidad de que toda persona heterosexual o LGBTI sola, o uno de los miembros de una familia de varios integrantes heterosexual o LGBTI, que decidan tener o adoptar un niño, puedan acceder a tal permiso de paternidad o maternidad. Ello implica dos consecuencias:

- i) Una primera es el reconocimiento de las familias LGBTI y la posibilidad de estas de adoptar niños y niñas. La tendencia de muchas de las legislaciones estatales es reconocer a las parejas homosexuales como una “unión de hecho” sujeta al mismo tratamiento que el de una asociación pero no como una familia. Por tanto, las relaciones homosexuales pueden producir efectos patrimoniales similares a los de las familias heterosexuales pero no son consideradas bajo la categoría jurídica de familia. Ello ha impedido, en muchas ocasiones, que se obstaculice a estas la adopción de niños o niñas argumentando que el crecimiento del niño fuera del ámbito de una familia no es lo mejor para éste. Tal razonamiento o discriminación contra los homosexuales en materia de adopción se opone claramente al derecho de igualdad, al principio de no discriminación y al principio de dignidad humana. Así lo ha reconocido en diversas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En el caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (1999)³⁵⁴ la Corte portuguesa de Apelaciones concedió la custodia de un niño a su madre en razón de que su padre era homosexual y vivía con otro hombre. Se señaló expresamente que “[...] *el niño debe vivir [...] en una familia tradicional portuguesa, y que era necesario examinar si la homosexualidad es una enfermedad o una orientación sexual. [...]. En cualquier caso, es una anomalía y los niños no deben crecer bajo la influencia de la anomalía*”. Frente a esta decisión, el padre recurrió ante el TEDH por lo que calificó como una intromisión injustificada a su derecho a la vida privada y familiar, garantizado en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y como una discriminación contraria al art. 14 del Convenio. El TEDH señaló que, aunque la Corte portuguesa tenía

354 33290/96.

como objetivo la protección del niño, el tratamiento dado al padre en la argumentación de dicho Tribunal era discriminatorio, ya que en este caso “no había una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar”³⁵⁵, por lo que no había ningún objetivo o justificación razonable. En la evaluación de esta relación, el Tribunal Europeo señaló que la orientación sexual de la demandante había sido un “factor decisivo” en la decisión final de la Corte portuguesa.

Otro de los casos analizados por el TEDH es el caso *E.B. v. Francia*, en que las autoridades francesas habían rechazado la solicitud de E.B. de adoptar, basando su decisión “en la falta de un referente paterno en el hogar del solicitante, y la actitud de la pareja declarada de la demandante”³⁵⁶. Afirmando que las autoridades habían negado su aprobación debido a su orientación sexual, E.B. alegó ante el tribunal que el art. 14 junto al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos había sido violados. El TEDH consideró que, aunque la referencia a la homosexualidad de la demandante había sido, si no explícita, al menos implícita, la influencia de su homosexualidad en la evaluación de su solicitud había sido un factor decisivo en la decisión de rechazar su autorización para adoptar. Se sostuvo que la “demandante había sufrido una diferencia de trato” y que “no hay razones convincentes y de peso [...] que justifiquen una diferencia [...] porque la ley francesa permite a las personas solteras adoptar niños, abriendo así la posibilidad de adopción por un homosexual soltero”. En este sentido, el TEDH concluyó que la decisión era incompatible con los arts. 8 y 14 de la Convención Europea³⁵⁷.

En consecuencia, el reconocimiento de las múltiples formas de familia es una realidad existente en la actualidad que no puede ocultarse, y la posibilidad de éstas múltiples familias de adoptar niños o niñas un derecho reconocido por la propia jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos. Además, ello está en coherencia con el derecho a la familia tal y como está formulado en la parte de derechos civiles de la propuesta de Convención, que deja abierta la puerta a la conformación de familias en su pluralidad de formas.

- ii) La segunda es la adopción de medidas de conciliación laboral y familiar que impliquen una ruptura con la división espacio-género y la explotación patriarcal, propiciando una redistribución entre géneros del trabajo tanto

355 Comunicado de Prensa de la Corte Europea de Derechos Humanos, n° 741, 21.12.1999.

356 Comunicado de Prensa de la Corte Europea de Derechos Humanos, n° 03822.1.2008.

357 Sobre ello, vid. De Oliveira, A.M. “Adopción por homosexuales: el discurso jurídico” (http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_NusdeoSalles_Sp_PV.pdf)

en el espacio público como doméstico. Entre las modificaciones que se proponen en el texto como sustitución del redactado texto original está el que los centros de trabajo cuenten con servicios, infraestructuras y horarios de trabajo compatibles con sus necesidades de cuidado humano y que favorezca la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y las obligaciones familiares; o la de que no sólo la madre, sino tanto el padre como la madre puedan tomar el permiso de paternidad o maternidad. A pesar de la modificación, a menudo se afirma con razón desde los discursos feministas que esta es una medida insuficiente. Durante las últimas décadas ha sido frecuente la incorporación de medidas de este tipo en las legislaciones de todos los países: la posibilidad de los padres de pedir permisos de lactancia, reducción de jornada, permisos o excedencias para el cuidado de niños o ancianos, adaptación de los horarios de la jornada laboral, etc. Ahora bien, aunque estas medidas facilitan la conciliación de la laboral y la familiar, no han servido para redistribuir el trabajo del hogar entre sexos. En España se constata que los permisos de maternidad los solicitan y disfrutan, en un 98'46%, las mujeres, frente al escasísimo 1'54% de hombres que lo hacen, con una evolución del disfrute por parte de los padres de tan sólo el 0'17% en los últimos años. Del mismo modo, las excedencias por cuidado de hijos/as las solicitan mayoritariamente las madres (96'38%, frente a un 3'98% de padres) y en los últimos años sólo ha aumentado en un 0'76% el número de padres que las disfrutan³⁵⁸.

Ello tiene varias explicaciones. Una es el hecho de que no existan permisos dirigidos únicamente a los padres hace que el disfrute acabe recayendo, de forma mayoritaria, en la madre. Además, en 2003, la Dirección General de la Mujer de la Comunidad de Madrid (España) publicó un estudio de 100 convenios colectivos³⁵⁹, del que se concluye que muchos de los convenios colectivos aplicables institucionalizan el trato desigual, asignando las medidas conciliadoras sólo a las mujeres, o que el lenguaje empleado en las cláusulas relativas a la conciliación confirma esta institucionalización. Es muy frecuente el empleo de términos como “maternidad” y expresiones como “mujer trabajadora” frente a “maternidad/paternidad” o “conciliación de la vida laboral y familiar”.

Además, el hecho de que el disfrute de muchos de estos permisos conlleve reducción o pérdida de salario en un momento en que precisamente

358 Ruiz De La Cuesta, S. y I. Bajo García. “Conciliación de la vida laboral y familiar”. En *Feminismo/s*. No. 8. 2006. p. 136.

359 Dirección General de la Mujer. Guía de Criterios y Cláusulas para la Negociación de los convenios, en materia de Conciliación de la Vida Familiar y Profesional, Madrid. 2003.

los gastos suben fruto de la necesidad de cuidar otra persona, hace que normalmente agarre el permiso la persona de la familia que tiene un trabajo más precario y con un salario más bajo, que acostumbra a ser la mujer³⁶⁰. La necesaria reversión de esta situación podría pasar afirman algunos, en que algunos de los permisos o excedencias para el cuidado de personas dependientes, la sustitución de la jornada partida (con entre ocho y nuevas horas de trabajo diario y con una larga pausa al mediodía, incompatible con las necesidades familiares) por la jornada continua, etc. pudieran ser disfrutados únicamente por los padres. Ello no sólo implicaría una redistribución forzosa del trabajo y los cuidados domésticos, que con el paso del tiempo pasaría a estar normalizada culturalmente, sino también una reestructuración de género en los puestos de dirección de la sociedad. Quien sufriría la frenada en su carrera profesional ya no sería siempre la mujer sino también el hombre, generando paridad y democratizando la relación de género en los puestos de dirección del espacio público.

A pesar de estas propuestas más atrevidas, consideramos que, a pesar de sus limitaciones, es más recomendable mantener la opción de que en el seno de cada familia se decida si pide el permiso el padre o la madre.

4.10. Derecho a la Integridad

Las principales novedades en este campo es la inclusión en el ámbito del derecho de la integridad sexual y la inclusión de un “derecho, individual y colectivamente, a una vida libre de violencia física, psíquica, sexual o de cualquier otro tipo en el ámbito público, privado, laboral, escolar, familiar o afectivo”.

La integridad sexual, como elemento específico de protección frente a la violación, los abusos y la intimidación sexuales, particularmente utilizados como intimidación a la mujer, resulta coherente tanto con los arts. 1 y 2 la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 85° sesión plenaria, el 20 de diciembre de 1993), como con los arts. 1 y 2 de la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* y los arts. 2.1, 19.1 y 34 de la *Convención de los derechos del niño*.

El “derecho una vida libre de violencia” se reconoce mencionando sujetos especiales como las mujeres, los niños y niñas, las personas especialmente vulnerables o en situación de debilidad y los grupos tradicionalmente marginados, en términos próximos a los establecidos en el art. 66.3.b) de

360 Ruiz De La Cuesta, S. y I. Bajo García. Ob. Cit.

la Nueva Constitución Política del Ecuador. El derecho a una vida libre de violencia se reconoce igualmente en el art. 20.2 del PIDCP, los arts. 1 y 2 de la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, art. 3 de la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, art. 16 de la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, arts. 4 y 5 de la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* o en las medidas de los párrafos 18, 22, 38 y 40 de la *Declaración y programa de acción de Viena* de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de junio de 1993.

En el artículo siguiente, relativo a las obligaciones concretas de los estados en la materia, reconoce obligaciones específicas respecto a grupos especiales en sus apartados 2 y 3.

Respecto al apartado 2, relativo a los experimentos médicos, el Comité de Derechos Humanos llamó la atención sobre la relevancia de esta disposición para los países productores de medicamentos con respecto a actividades que afectan a la población de los países en desarrollo³⁶¹. La segunda Observación General sobre este artículo inexplicablemente no reitera esta advertencia, pero comenta la importancia de mantener salvaguardias adecuadas sobre la participación en experimentos médicos o científicos de personas privadas de libertad³⁶². En otra oportunidad, el Comité indicó que la legislación sobre la materia “debe excluir a los menores y a las personas que no pueden dar su libre consentimiento de todo experimento médico que no les beneficie directamente (investigación médica no terapéutica)”³⁶³.

En el apartado 3, relativo a las obligaciones para garantizar el derecho a una vida libre de violencia, se recogen las obligaciones contenidas en el art. 4.d) de la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, si bien extendida a todo el ámbito subjetivo previsto en el artículo anterior y del art. 19.1 de la *Convención de los derechos del niño*. El apartado c) está tomado del art. 17.2 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, si bien se extiende a la totalidad de los niños y niñas que son objeto de explotación económica y de trabajos que interfieren con su desarrollo y educación.

4.11. Libertad y seguridad personales

Respecto a este derecho, se recogen medidas de transversalización respecto a las obligación del estado de “adoptar medidas eficaces y exhaustivas

361 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 7, párr. 3 (1982).

362 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, párr. 7 (1992) (que reemplaza la Observación General No. 7).

363 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de los Países Bajos, A/56/40, vol. 1, párr. 7 (2001).

destinadas a la erradicación del trabajo forzoso u obligatorio, con especial atención a las mujeres y niñas, a la inmigración y a los sectores agrícola, minero, construcción, manufacturas y servicio doméstico”.

Tal obligación responde al hecho de que según el Informe de la OIT “Ganancias y pobreza: Aspectos económicos del trabajo forzoso”³⁶⁴, publicado el 20 de mayo de 2014, el trabajo forzoso de unas 1,8 millones de personas en América Latina y el Caribe genera ganancias ilícitas por 12.000 millones de dólares, de los que casi el 90 por ciento provienen de la explotación sexual comercial, 10.400 millones de dólares, y el resto del trabajo doméstico, 500 millones de dólares, y explotación laboral 1.000 millones de dólares, lo cual abarca principalmente sector agrícola, y también otros como construcción, manufacturas, minería y servicios. Las estimaciones indican que 55 por ciento de las víctimas de trabajo forzoso en el mundo son mujeres y niñas. Por otra parte, el 44 por ciento son personas que migraron dentro o fuera de sus países.

4.12. Desaparición forzada

El apartado 4.c) del primer artículo dedicado a esta cuestión se dirige al reconocimiento de los derechos de los niños y niñas víctimas de desaparición forzada o de adopción fraudulenta en relación con casos de desaparición forzada. Todo el apartado 4 se dirige a colmar una laguna de la *Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas*, estableciendo la definición de víctima contenida en el art. 24.1 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, así como, en este caso, los derechos que asisten a los niños y niñas en virtud del art. 25 de la misma.

Correspondientemente, el artículo dedicado a las obligaciones de los estados en la materia contiene, en su apartado 5, la obligación establecida en el art. 25.1.b) de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

4.13. Derecho a la tutela judicial efectiva

El apartado 9 supone el reconocimiento de los elementos más significativos contenidos en el art. 40 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

364 Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_243422.pdf.

4.14. Principio de legalidad sancionatoria

En el apartado 2 se establece que nada obstaculizará la persecución penal y la condena “por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”, de acuerdo con el art. 15.2 del PIDCP, reconociendo entre los delitos establecidos por el derecho internacional “la persecución de un grupo político, racial, nacional, étnico, religioso o una minoría sexual”, tal y como establece el art. 7 (crímenes de lesa humanidad) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

4.15. Libertad de pensamiento, conciencia y religión

El apartado 4 reconoce a los niños y niñas este derecho. El art. 14 de la *Convención sobre los derechos del niño* reconoce expresamente la libertad de pensamiento, conciencia y religión de los niños y niñas, pero no de forma expresa su libertad de abandonar la religión o creencias de sus padres o de los encargados de su tutela, por lo que su reconocimiento expreso supone una novedad. Sin embargo, el derecho a abandonar la religión o creencias que se venía profesando, es uno de los contenidos básicos de la libertad religiosa y de conciencia, por lo que debe considerarse parte de la libertad de religión de niños y niñas. En todo caso, el reconocimiento se realiza en consonancia con los derechos de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, establecidos de forma general en el art. 5 de la *Convención sobre los derechos del niño*, concretados en el art. 14.2 respecto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y según el criterio general de la evolución de sus facultades, como un límite al derecho de los padres y tutores.

En el apartado 6, se introduce un “derecho al disenso” de las creencias de los demás, aunque éstas sean las mayoritarias o tradicionales de su Estado o comunidad, entendiéndose que el disenso es un elemento estructural de las sociedades democráticas y, de otra, disentir de la mayoría es un elemento esencial de la construcción tanto de la identidad personal como de grupo. Sin embargo, se ha considerado oportuno introducir límites ulteriores en el caso de realidades particularmente vulnerables al proselitismo cultural, como las comunidades indígenas, respecto de las cuales debe existir un derecho reforzado de preservación de la propia cultura contra influencias externas destructivas que realizarían la asimilación cultural forzada que el derecho colectivo a la identidad cultural pretende evitar.

4.16. Libertad de expresión e información y derecho al conocimiento

Entre los límites establecidos en el apartado 2, se recoge el clásico del respeto a los derechos de los demás establecido en los arts. 19.3.a) del PIDCP y 13.2.a) de la *Convención Americana*, si bien extendido expresamente a los “grupos étnicos, culturales, lingüísticos o religiosos”. Entendemos que tal protección ya se encontraba en la redacción original, como ha sido reconocido por el Comité de Derechos Humanos³⁶⁵, si bien creemos que resulta oportuno su reconocimiento expreso en aras a la visibilidad de los grupos, que es uno de los objetivos de la transversalización. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que tal límite no es ni mucho menos absoluto, como expresamente se establece en el propio apartado, los Principios 10 y 11 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* y de la doctrina del Comité de Derechos Humanos, que ha señalado que las disposiciones penales que prohíben la blasfemia o el menoscabo de valores religiosos, son incompatibles con el artículo 19 del PIDCP³⁶⁶.

El reconocimiento de la censura previa para la exclusiva protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, establecida en el apartado 3, está reconocida por el art. 13.4 de la *Convención Americana*.

En el apartado 8, la prohibición del discurso de odio se establece en los términos del art. 4.a) de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Debe subrayarse la inclusión de la opción sexual como categoría prohibida, incluso en el caso de que no constituya incitación a la discriminación o a la violencia, dado que la violencia contra la población LGBTI es uno de los problemas estructurales de violación de los derechos humanos en la región que ha venido señalando la CIDH. Ello resulta conforme con la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 4 de junio de 2012 (AG 2721, XLII-O/12), Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, en la cual insta a los Estados a luchar contra estas causas de discriminación y, en particular, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a estudiar la situación en los Estados americanos; o el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, de 17 de noviembre de 2011 (A/HRC/19/41), donde se hace un análisis de los diferentes supuestos de discriminación por esos motivos.

365 Comité de Derechos Humanos, caso Faurisson c. Francia, párr. 9.3 y 9.6 (1996); caso Ross c. Canadá, párr. 11.1 y 11.7 (2000).

366 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre los Informes del Reino Unido, A/55/40, párr. 310, y de Marruecos, A/55/40, párr. 119.

4.17. Derechos de participación

El primer elemento de transversalización es el reconocimiento del derecho en términos rotundamente universales. Debe tenerse en cuenta que, en el ámbito interamericano, la *Convención* es el único texto internacional que presenta una disposición dedicada a las restricciones (art. 23.2) con una extensión que contradice los propios textos internacionales, entre las que se encuentran el idioma y la instrucción. La discriminación basada en el idioma está prohibida por la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 2), la *Declaración Americana* (art. 11), el PIDCP (arts. 2 y 26), e incluso por el artículo primero de la *Convención Americana*. En el ámbito universal, el Comité de Derechos Humanos ha confirmado que el PIDCP no permite, en el goce de los derechos políticos, la discriminación basada en el idioma ni en la instrucción³⁶⁷. El Comité de Derechos Humanos ha declarado que el requerimiento del dominio del idioma nacional a una persona que pertenecía a una minoría lingüística y que pretendía presentarse a un puesto electivo había violado el PIDCP³⁶⁸.

Pero también existen restricciones interpretativas en el ámbito universal: La doctrina del Comité de Derechos Humanos, al igual que el artículo 23.2 de la Convención Americana, reconoce que “la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público”³⁶⁹. No obstante, cabe recordar que los *Principios para la protección de los enfermos mentales* establecen que “Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, [...] el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes [...]” (art. 5). De acuerdo con estos *Principios*, toda decisión sobre la falta de competencia mental de un individuo para ejercer sus derechos requiere una decisión judicial, adoptada de conformidad con los principios de legalidad y de debido proceso, y debe ser revisada periódicamente (art. 6). La *Declaración de los derechos del retrasado mental* no hace referencia a los derechos políticos, pero establece que cualquier decisión de privar al retrasado mental de su capacidad de ejercer sus derechos debe basarse en la opinión de expertos y, al efecto, se deben respetar las garantías judiciales (art. 7).

Respecto a las medidas específicas de transversalización contenidas en el apartado 1: La referencia a la especial atención por parte del estado “a la

367 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 3.

368 Comité de Derechos Humanos, caso Ignatane c. Letonia, párr. 7.4 (2001).

369 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 4.

participación de las comunidades minoritarias, las rurales, las mujeres, las personas vulnerables y las tradicionalmente excluidas”, se basa en la doctrina universal³⁷⁰, aunque también en 1997 la CIDH formuló una recomendación en el sentido de que el Estado “[...] adopte medidas para fomentar la participación de la población afroecuatoriana y demás grupos minoritarios en la adopción de decisiones a nivel local y nacional”³⁷¹.

El apartado f) se redacta de conformidad con el art. 42.2 de la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*. El apartado g) se redacta de conformidad con los arts. 18, 19 y 23 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.

4.18. Derechos de circulación, residencia y asilo

La referencia concreta al derecho a la vida en familia como parámetro de compatibilidad que se debe tener en cuenta a la hora de expulsar extranjeros del país de residencia, ha sido establecida por la doctrina del sistema universal³⁷², llegando a declarar el Comité de Derechos Humanos que “la residencia común de marido y mujer ha de considerarse como la situación normal de una familia”, de manera que la exclusión de un cónyuge del país de su pareja puede considerarse una injerencia en la familia, a tenor del artículo 17 del PIDCP, que reconoce el derecho a la intimidad de la familia³⁷³. Igualmente este parámetro de protección puede considerarse como una medida de transversalización de los derechos de niños y niñas, por cuanto protegen su derecho a la vida en familia y de preferencia con sus progenitores biológicos (art. 9.1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*).

La restricción de los derechos de circulación y residencia para la protección de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas establecida en el apartado 4, es una de las limitaciones admitidas en el marco del PIDCP³⁷⁴.

Las facultades del extranjero en los procedimientos de expulsión del apartado 6), se redactan conforme a lo establecido en el art. 22 de la *Convención*

370 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 14 (1994); Observación General No. 6, párr. 5 (1995); Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 23, párr. 13 (1997). Véase también la Recomendación General No. 27 del Comité para la eliminación de la discriminación racial, párr. 43 (2000).

371 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador (1997), capítulo X.

372 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 5.

373 Comité de Derechos Humanos, caso Aumeeruddy-Cziffra c. Mauricio, párr.9.2 (1981). Véase también caso Canepa c. Canadá, párra. 11.4 y 11.5 (1997); caso Stewart c. Canadá, párrs. 4.2 y 12.10 (1997); y caso Winata c. Australia, párr. 7.3 (2001).

374 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 16.

Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

4.19. Derecho de propiedad

La propiedad de las tierras y territorios ancestrales por parte de los pueblos y comunidades indígenas, se reconoce en el apartado 3 conforme a la redacción del art. 26.1 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*.

4.20. Derecho a la salud

En relación con esta cuestión, adquiere relevancia el enfoque de género aplicado al ámbito de la salud³⁷⁵. Según el CDESC, la lectura conjunta de los artículos 3 y 12 del PIDESC impone a los Estados la obligación de eliminar los obstáculos que impiden que hombres y mujeres tengan un acceso igual a los servicios de salud pública; se incluye, en particular, “el análisis de las formas en que las funciones asignadas a ambos géneros afectan al acceso a condiciones de base de la salud, como el agua y la alimentación, la eliminación de las restricciones legales en materia de salud reproductiva, la prohibición de la mutilación genital femenina y la formación adecuada del personal que se ocupa de los problemas de salud de la mujer.

4.21. La desvinculación entre derechos sociales y trabajo-salario y su ampliación a las múltiples formas de trabajo y los grupos sociales vulnerables: la renta básica

Los derechos sociales en su formulación clásica europea aparecen como derechos asociados al trabajo-salario, de la que quedan excluidos aquellos sectores sociales vulnerables que operan en el marco de la economía informal.

En el marco del Estado social europeo de postguerra, la condición que determinaba el acceso a la ciudadanía social o a la gran mayoría de los derechos sociales, era la condición de trabajador asalariado. El trabajo productivo se constituye en el componente fundamental de la estructura de la sociedad, Constituciones como la italiana de 1947 empiezan en su primer artículo señalando “Italia en una República democrática fundada en el trabajo”. El Estado social, no fue una actualización de la ley de pobres del siglo XIX, los derechos sociales no eran prestaciones no contributivas; sino una forma de gestión y organización

375 OG 16, párrafo 29.

del salario diferido de los trabajadores a tiempo indefinido, los derechos sociales eran prestaciones contributivas y de base profesional. Las prestaciones sociales en materia de desempleo, jubilación, etc. dependían, directa o indirectamente vía cotizaciones, de la cuantía de los salarios previamente devengados. En el Estado español, por ejemplo, no fue hasta la Ley 14/1986, General de Sanidad y el denominado “decreto de universalización” (RD 1088/1989), que se empezó a articular un modelo caracterizado por la progresiva “deslaboralización” subjetiva del derecho a la salud, reconocido a todas las personas con independencia de su participación en el mercado de trabajo.

Esta vinculación entre salario y derechos, en una sociedad industrial del pleno empleo, donde la condición social de asalariado era común, no conllevaba problemas de acceso generalizado a los derechos. Sin embargo, la cosa cambia cuando hablamos de América Latina. La economía y el trabajo informal es común en esta región, abarca un porcentaje importante de los trabajadores y está, normalmente, emparentada con grupos vulnerables, la pobreza y la desigualdad.

Según datos de la OIT, en América Latina y el Caribe hay al menos 130 millones de personas trabajando en condiciones de informalidad. Los datos de la OIT revelan que entre el 20% de la población con mayores ingresos en la región las situaciones de informalidad afectan al 30% de las personas. En cambio, entre el 20% de la población con menos ingresos, 73,4% están en situación de informalidad³⁷⁶.

En consecuencia, el establecimiento de los derechos sociales en su formulación clásica implica la exclusión de un gran número de formas de trabajo urbano o informal regidas por relaciones diferentes a la del “contrato de trabajo subordinado” de gran parte de las prestaciones laborales y derechos sociales todavía condicionados y medidos en tiempos de trabajo asalariado efectivo (seguridad social, pensión de jubilación, desempleo, etc.). Ello significa un límite para que los derechos sociales clásicos vinculados a la forma salario sean eficaces a la hora de generar igualdad para una amplia masa de población latinoamericana y, por tanto, impone el reto de tener que desligar o romper, definitivamente, el vínculo entre condiciones de vida digna y prestaciones sociales derivadas directamente del trabajo-salario, apostando por nuevas formas de generación de igualdad universales e independientes de la naturaleza y tiempos de trabajo formal efectivo realizados, que permitan extender estos derechos a nuevos sectores sociales históricamente vulnerables.

376 <http://www.ilo.org/americas/temas/econom%C3%ADa-informal/lang-es/index.htm> (última consulta, 29-07-2014).

Por esta razón, existe la necesidad de desvincular el bienestar o la dignidad del trabajo-salario se conforma como un reto ineludible para garantizar derechos sociales de manera universal, especialmente en los países latinoamericanos.

En esta dirección es que va alguna de las propuestas de artículos de la Convención. Entre ellas, podemos hacer referencia a las siguientes:

Cuando se habla del derecho a pertenecer a un sistema público previsión o seguridad social o a la cobertura por enfermedad, se añade que éste lo tendrá todo ciudadano “independientemente de su forma de trabajo” ya sea “trabajador por cuenta ajena, cooperativista o autónomo”, incluyendo en este derecho a los trabajadores de todo tipo.

En lo que respeta al desempleo, se añade un párrafo donde se especifica que aquellas personas a quien se les ha terminado la prestación contributiva de desempleo y a las que no se les puede ofrecer un trabajo, se les debe garantizar una renta básica que le permita una vida digna hasta que pueda ofrecérsele un trabajo.

Respecto a la pensión de jubilación, proponemos añadir un artículo donde se establezca que independientemente del derecho a la jubilación y de los años trabajados, todos los ancianos tienen derecho a una vejez digna debiendo ser proveídos, en caso de no tener derecho a una pensión de jubilación o ser ésta insuficiente, de una renta vitalicia de vejez que les permita vivir dignamente.

O, la incorporación de un artículo donde se señala de manera explícita que toda la pluralidad de formas de trabajo y organización de producción (urbanas, indígena-comunitarias, estatal, privadas, social cooperativas, rurales; ya sean autónomas, cooperativas o por cuenta ajena) deben gozar de derechos que les permitan una vida y una vejez digna, con un salario justo y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido.

O, la incorporación de un artículo que establece que todas aquellas personas sin recursos suficientes para mantener una vida digna, ya sea por qué tienen a su cargo personas dependientes que les impiden trabajar, por qué no encuentran trabajo o han agotado la prestación de desempleo y no consiguen trabajo, por qué no tienen derecho a una pensión de jubilación o ser ésta insuficiente, por qué de su actividad productiva no obtienen los recursos suficientes para una vida digna, o por cualquier otra causa o circunstancia, recibirán una renta básica que le permita vivir dignamente.

Todas estas adiciones o modificaciones son formas de superar la vieja forma del Estado social fordista donde el bienestar y dignidad estaban vinculadas al trabajo-salario, y articular un modelo, mucho más adecuado a la realidad latinoamericana, de garantía universal de los derechos de bienestar a todas los trabajadores y personas, independientemente de cual sea su forma de trabajo y organización de producción en la que se insertan.

4.22. Derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y participar plenamente en los diferentes aspectos de la vida

Con el objetivo de incluir este grupo en la Convención, se propone incorporar un artículo donde se recoja parte del contenido establecido en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006.

4.23. El reconocimiento explícito de derechos laborales específicos de las mujeres

Otra de las novedades que proponemos es la incorporación en el articulado de diferentes artículos relativos a los derechos laborales específicos de las mujeres previstos en el Convenio 100 de la OIT *relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*, en vigor desde el 23 mayo 1953. U otros como la prohibición de despido o discriminación por embarazo establecidos en el Convenio 183 de la OIT *sobre la protección de la maternidad*, en vigor desde 7 de febrero de 2002, etc.

La introducción de estos artículos es de especial importancia. Una de las características de las sociedades industrializadas fue que la carrera profesional era una característica fundamentalmente masculina. Existía una clara división sexual del trabajo que adscribía a los hombres el trabajo productivo industrial remunerado y a las mujeres el trabajo de reproducción y producción doméstica no remunerado. A partir de los setenta aparecieron, en Europa, diferentes análisis que han intentado explicar las razones de esta división sexual del trabajo, quizá las dos posturas enfrentadas más conocidas son, por un lado, las que lo hacen desde una lógica marxista³⁷⁷ y, por otro, las que lo hacen desde una lógica patriarcal³⁷⁸.

Ahora bien, sin entrar en cuál de estas dos posturas explica más adecuadamente el fenómeno, hay consenso en aceptar que, durante el Estado social, en la empresa fordista se establecían relaciones de trabajo estandarizadas entre un empresario claramente identificado y un trabajador “típo” (masculino, blanco y padre de familia). Aunque las constituciones y legislación del Estado social reconocían plenamente la dimensión formal de la igualdad, en la práctica, el hecho que el espacio laboral se construyera alrededor del sujeto de referencia varón o hombre,

377 V. Beechey, “Some notes on female wage labour in capitalism production”, *Capital and class*. No. 3, 1977.

378 H. Hartmann, “Capitalism, patriarchy an job segregation by sex”, en Z.R. Einsenstein (ed.), *Capitalism patriarchy and the case for socialist feminist*, Monthly Review Press, Nueva York. 1979.

hacia que el modelo de generación de igualdad material propio del Estado social se conformara en contradicción a la dimensión formal de la igualdad de la mitad de la población: las mujeres (y otros colectivos informales). Dicho en otras palabras, el Estado social garantizó bienestar material a gran parte de las familias pero ésta se construía sobre una clara desigualdad formal entre hombres y mujeres.

La vinculación entre derechos sociales y trabaja-salario, comentada anteriormente, esto es, lo que otorgaba acceso a los derechos sociales era la condición de trabajador, provocaba que el hombre adulto cabeza de familia era el elemento forjador de la ciudadanía social. La mujer que no trabajaba (o trabajaba en el hogar con un reconocimiento social menor y sin cobrar), al igual que cualquier otra generación familiar se consideraba “a cargo del cabeza de familia” y adquiría sólo garantías ciudadanas de manera derivada o indirecta. Su ciudadanía era una ciudadanía vicaria, fragmentada y dependiente³⁷⁹. De ahí que diversos autores como E. Hernes³⁸⁰, J. Lewis³⁸¹, C. Pateman³⁸² o D. Méda³⁸³ hablen de una desigualdad de acceso a los derechos entre hombres y mujeres. Mientras los primeros accedían a los derechos sociales de manera directa, las mujeres sólo podían acceder por vía indirecta a través de sus maridos.

Además, ello también tenía consecuencias importantes en la independencia o autonomía de la mujer. Derivado de la propia división sexual del trabajo y de la dependencia del marido para el acceso a los recursos y los derechos sociales se derivaba también una falta de autonomía personal.

Los sistemas domésticos donde los hombres aportan los ingresos monetarios del hogar, las garantías de bienestar familiar y hacen de mediadores entre las relaciones de las mujeres y el mundo no familiar, tienen mayor probabilidad de caracterizarse por una falta de conflicto abierto en la toma de decisiones domésticas. Dentro de estos sistemas, las mujeres están construidas socialmente como pasivas y vulnerables, dependientes del aprovisionamiento y de la protección masculina para su supervivencia. Su bienestar tiende a estar ligado a la prosperidad de la colectividad doméstica, y como mejor se atienden sus intereses a largo plazo es subordinando sus propias necesidades a las de los miembros masculinos de la familia. La autonomía personal, elemento fundamental de la igualdad formal que consiste en poseer capacidad de elegir

379 D. Meda, *Le temps des femmes*, Flammarion, París, 2000 (citado por: L.E. Alonso, *La crisis de la ciudadanía laboral*, Anthropos, Barcelona, 2007, p. 71).

380 E. Hernes, “El poder de las mujeres y el Estado del bienestar”, *Vindicación Feminista*, Madrid, 1990.

381 J. Lewis, *Women and social policies in Europe: work, family and the State*, Edward Elgar Publishing, Londres, 1993.

382 C. Pateman, *The sexual contract*, Polity Press, Londres, 1988/1995.

383 D. Meda, *Le temps des femmes*.

opciones informadas sobre lo que hay que hacer y cómo llevarlo a cabo, queda para estas mujeres muy reducida.

Precisamente para evitar todo lo anterior, es importante el reconocimiento de derechos laborales específicos de las mujeres que garanticen el acceso y permanencia de las mujeres en el trabajo, así como una retribución justa.

4.24. Derechos de los pueblos y naciones indígenas y la limitación del sistema punitivo indígena

En el articulado se incorporan los principales derechos de los pueblos indígenas reconocidos en los textos internacionales de derechos humanos (Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989; Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007) y en las constituciones de avanzada en esta materia.

En el último cambio de siglo hemos asistido a un salto cualitativo en el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en Latinoamérica. Los textos constitucionales vienen ahora a dedicarles a los pueblos indígenas, como sujetos colectivos de derechos, así exactamente identificados, una atención impensable ya no digo hace un siglo atrás sino hace quince años atrás.

Existen varios países (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela) donde se desarrolla una extensa legislación indigenista en el plano constitucional, aunque la amplitud de estos derechos difiere, naturalmente, según el caso concreto. Estos textos constitucionales se responsabilizan por sus comunidades y fijan ciertas reglas para permitir la supervivencia de su cultural y la protección de sus tierras. El multiculturalismo constitucional contenido en estos articulados es un fenómeno reciente que se inicia en 1986 con la promulgación de las constituciones de Guatemala y Nicaragua. A partir de aquí, como decimos, son varias las constituciones que empiezan a incorporar estos derechos, siendo la Constitución boliviana de 2009 la más avanzada en esta materia.

Además de todo lo anterior, y teniendo en cuenta que la transversalización de la cuestión indígena implica tanto la adición de derechos como también la introducción de límites que les afecten, se propone, como límite a en el sistema punitivo de la justicia indígena la vulneración del derecho a la vida. Ello ha sido establecido también expresamente por jurisprudencia constitucional de los Estados. A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 246 de la Constitución colombiana de 1991, que establece que se podrá ejercer la jurisdicción indígena en los territorios indígenas, pero

“siempre y cuando se respete la Constitución y la Ley”. Ello causó la famosa sentencia T-349 de la Corte Constitucional de Colombia, mediante la cual manifestó que no todas las normas constitucionales y legales pueden constituir un límite a las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, de lo contrario “el reconocimiento de la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”. El juez constitucional a través del principio de la “maximización de las comunidades indígenas” y, por tanto, de la “minimización de las restricciones” a las indispensables para salvaguardar intereses de mayor jerarquía, determinó que las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales se encuentran sometidas a unos “mínimos aceptables”, por lo que “sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”. En efecto, la corporación señaló que este “núcleo de derechos intangibles incluirá solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”. Además, la Corte adicionó a este conjunto de derechos, el derecho del sujeto a un “debido” proceso (previsibilidad) adecuado a su cultura, esto es a ser juzgado según las normas y procedimientos preexistentes en su cultura³⁸⁴.

4.25. Composición de la Corte de Derechos Humanos

Entre los problemas del SIDH que se señalaron anteriormente, estaba el hecho de que el proceso de selección de los Jueces de la Corte IDH no garantiza la representatividad en los órganos del Sistema de la variedad de experiencias, condiciones y situaciones de los ciudadanos y ciudadanas de América. Tal vez el hecho más ilustrativo para evidenciarlo, es que desde el establecimiento de la Comisión y la Corte hasta el año 2005, de las cincuenta y tres personas que integraron la Comisión, sólo cinco de ellas habían sido mujeres; y de los veintiséis miembros que había tenido la Corte, sólo dos habían sido mujeres.

Frente a ello, el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece una serie de criterios interesantes que complementan la idoneidad profesional y moral de los candidatos. En su art. 36.8, dicho Estatuto sostiene: “a) Al seleccionar a los magistrados, los Estados Partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya: i) Representación de los principales sistemas jurídicos del mundo; ii) Distribución geográfica equitativa; y iii) Representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres; b) Los Estados Partes tendrán

384 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

también en cuenta la necesidad de que haya en la Corte magistrados que sean juristas especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres o los niños”.

En el apartado comentado no es necesario acudir a los criterios de representatividad de la diversidad jurídica y de la distribución geográfica, puesto que existen tantos jueces como Estados, si bien se mantienen los de equilibrio de género y especialidad en temas estructurales para la región, mencionando precisamente aquellos de violación de derechos humanos de grupos especialmente protegidos.

4.26. Formaciones de la Corte de Derechos Humanos

El apartado 5 obliga a respetar la composición equilibrada entre magistrados y magistradas también en las diversas formaciones de funcionamiento de la Corte.

4.27. Composición de la Comisión

El apartado 2 e) establece el mismo criterio de composición equilibrada para la Comisión.

4.28. Comités de Apoyo y Seguimiento

Los Comités de Apoyo y Seguimiento se crean para trabajar en concreto sobre problemas estructurales de violación de los derechos humanos en la región y prestar su apoyo a la Corte y la Comisión. En principio, pueden crearse nuevos Comités distintos de los previstos en la Convención para dar visibilidad y seguimiento a la problemática de derechos humanos asociada a grupos especiales de personas (derechos de la mujer, de las personas LGBTI, de las personas con discapacidad, de los migrantes, etc.). En el texto sin embargo se ha decidido que buena parte del seguimiento de esta problemática puede situarse dentro del Comité de Igualdad, dejando para la práctica del funcionamiento del nuevo Sistema la decisión sobre la oportunidad de crear Comités diferenciados, o bien subcomités dentro del propio Comité de Igualdad para atender la problemática concreta de estos grupos.

Sí se crean, por el contrario los Comités de Derechos de las Personas y Comunidades Indígenas y Afroamericanas y de Personas Especialmente Vulnerables, entendiendo que tanto una como otra situación sugieren la existencia de personas especialistas en el tema tanto para un adecuado control de la implementación de la Convención por parte de los Estados, en manos de la Comisión, como de su aplicación a la resolución de casos concretos por parte de la Corte.

4.29. Funciones de los Comités de Apoyo y Seguimiento

Las funciones de los Comités en relación con la visibilidad de la problemática diferenciada de los grupos especiales de sujetos y con la adecuada interpretación y aplicación de la Convención en atención a la diferenciación de hecho y de derecho, se encuentra en los apartados 3, 5 y 6 del artículo. Se trata de informes preceptivos, emitidos por órganos especializados en la materia y que siguen la evolución de la problemática nacional de los derechos humanos respecto a las áreas señaladas, que la Corte debe tener en cuenta.

En los casos que involucren autoridades indígenas, pluralismo jurídico y derechos especiales de personas indígenas o afrodescendientes se estima necesario un complemento al juicio jurídico de la Corte en materia de diversidad cultural o antropológica y para poder determinar, por ejemplo, cuándo en casos de pluralismo jurídico puede entenderse que sea puesto fin al sistema interno de recursos, cuándo la autoridad que ha intervenido es realmente la autoridad competente etc.

Dado que en la parte substantiva de la Convención propuesta, uno de los elementos centrales es el reconocimiento de un cierto derecho a la diferencia, como trato distintivo del Estado a la luz de situaciones de debilidad jurídica o de diversidad cultural, parece oportuno que, en los juicios que involucren la igualdad, la Corte cuente con un informe que alerte sobre el impacto de género o sobre otros patrones materiales, sociales o culturales de discriminación, tanto de las actuaciones del Estado impugnadas, como de la decisión de la Corte.

Por último se establece la posibilidad de que uno de los Comités asuma la representación en juicio y la asistencia letrada de personas especialmente vulnerables que pueden tener dificultades materiales para hacer llegar sus demandas a la Corte.

4.30. Procedimiento de admisión

Uno de los criterios de estructuración del trabajo del nuevo sistema propuesto en este proyecto de Convención es la idea de “patrón estructural de violación de los derechos humanos en la región”, cuyo análisis y concreción corresponde a la Comisión con el apoyo de los Comités de Apoyo y Seguimiento. Estos parámetros pretenden dos objetivos:

- Por una parte *visibilizar* los grupos humanos que sistemáticamente ven violados sus derechos humanos y las conductas u omisiones del Estado, de las empresas o de otros actores sociales que estructuralmente vulneran los derechos de estos grupos;

- Por otra que, mediante su calificación como patrón estructural, la Corte emita una Sentencia que no sólo resuelva el caso, sino una sentencia marco que, a la manera como operan las *sentencias piloto* en el TEDH, fije criterios interpretativos de carácter general que otorguen a los Estados una guía de interpretación y aplicación de la Convención si, en el futuro, no quieren ser condenados por la Corte por una situación similar.

De ahí que, excepcionalmente, se permita a la Comisión recurrir las decisiones de inadmisión cuando estime que se trata de un caso que afecta a un “patrón estructural de violación de los derechos humanos” sobre el que la Corte debería emitir una de estas sentencias marco.

CAPÍTULO VII

Propuesta de articulado de Convención
Latinoamericana de Derechos Humanos

VII. PROPUESTA DE ARTICULADO DE CONVENCIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PARTE I: DEBERES, OBLIGACIONES E INTERPRETACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO: DEBERES Y OBLIGACIONES

Deberes y obligaciones

Artículo 1

1. Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad y dentro de ella, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. Todos los derechos reconocidos en la presente Convención implican correspondientes obligaciones por parte de los poderes públicos y las instituciones internacionales en ella reconocidas, así como deberes por parte de los particulares, grupos sociales, asociaciones y empresas de respetar los derechos humanos, participar corresponsablemente en el desarrollo de las condiciones sociales, económicas, políticas y de otra índole que permiten su efectivo disfrute, denunciar las violaciones de los derechos humanos ante las autoridades competentes de conformidad con la legislación y contribuir a la promoción de los derechos humanos y a su plena vigencia.
3. Los derechos individuales y colectivos reconocidos en la presente Convención se limitan mutuamente, además de por la seguridad colectiva y el bien común establecidos democráticamente.

Obligaciones Generales de los Estados

Artículo 2

1. Los Estados se comprometen a respetar, proteger, realizar y, en su caso, reparar íntegramente los derechos humanos a toda persona sometida, de hecho o de derecho, a su jurisdicción. Los Estados deberán reconocer, garantizar y proteger los derechos establecidos en la presente Convención, dotando a todas las personas de medios eficaces para su ejercicio y defensa.
2. La obligación de respetar consiste en que los Estados se comprometen a no adoptar medidas de ningún tipo que impidan, menoscaben o dificulten el disfrute y ejercicio de los derechos humanos o el acceso a los bienes que protegen.

3. La obligación de proteger consiste en que los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para impedir que las personas físicas o jurídicas impidan, dificulten u obstaculicen el disfrute y ejercicio de los derechos humanos o el acceso a los bienes que protegen.

La obligación de realizar consiste en que los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para facilitar y fortalecer la utilización por parte de la población de los medios y recursos que permiten el disfrute y ejercicio de los derechos humanos o el acceso a los bienes que protegen, así como, en los casos en que los individuos o los grupos en que se insertan sean incapaces de hacerlo por los medios a su alcance, hacer efectivos directamente los derechos o los bienes que protegen. Los Estados se comprometen a la realización del gasto público necesario para hacer efectivo, como mínimo, el contenido esencial de todos los derechos reconocidos en esta Convención. La falta de recursos económicos no puede ser nunca una justificación para negar a alguien el contenido esencial de sus derechos.

La obligación de reparar íntegramente consiste en que los Estados se comprometen, ante la violación, desconocimiento o denegación de un derecho humano, a adoptar todas las medidas necesarias para esclarecer la verdad de lo ocurrido, individualizar y sancionar a los culpables, reintegrar a las víctimas en el disfrute de los derechos, indemnizarlas material y simbólicamente, rehabilitarlas y ofrecer garantías de no repetición.

Las obligaciones de respetar, proteger, realizar y, en su caso, reparar íntegramente los derechos humanos por parte de los Estados exigen que sus autoridades judiciales, políticas y administrativas tengan en cuenta las características subjetivas diferenciales así como las especiales circunstancias de las personas involucradas y que resulten relevantes a la hora de establecer el contenido concreto de dichas obligaciones, especialmente cuando se trate de niños y niñas, adolescentes, mujeres y particularmente mujeres que habitan un medio rural, indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad, población LGBTI, personas migrantes, en situación de desplazamiento forzoso o en otra situación de vulnerabilidad.

Obligaciones Específicas de los Estados

Artículo 3

Además de las obligaciones generales contenidas en el artículo anterior, los Estados Partes en esta Convención se comprometen:

- a) Si el reconocimiento, protección y garantía de los derechos establecidos en la presente Convención no se hubiera producido ya en sus ordenamientos jurídicos internos, a adoptar las medidas necesarias para proteger, promover y hacer efectivos el disfrute y ejercicio de los derechos humanos o el acceso a los bienes que protegen.
- b) Al establecimiento de un sistema fiscal progresivo que permita una distribución equilibrada de la renta y la garantía de acceso universal a todos los derechos establecidos en esta Convención.
- c) A eliminar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales internos, todas las disposiciones legislativas o de otro carácter que, de conformidad con el apartado 2 del artículo anterior, impidan, menoscaben o dificulten el disfrute y ejercicio de los derechos humanos o el acceso a los bienes que protegen.
- d) A establecer, tanto para los ciudadanos, como para los menores de edad y los extranjeros, recursos sencillos, rápidos, eficaces, apropiados, accesibles y equitativos ante autoridades judiciales imparciales y predeterminadas por la ley interna del Estado. Tales recursos deberán ser idóneos para amparar a las víctimas frente a actos que impidan, menoscaben o dificulten el disfrute y ejercicio de los derechos humanos o el acceso a los bienes que protegen, enjuicien a los presuntamente culpables, en su caso los sancionen, y que ofrezcan una reparación integral a las víctimas. Estos recursos deberán contar con todas las garantías establecidas en las disposiciones relativas al derecho a la tutela judicial y a la legalidad penal y sancionatoria.
- e) A cumplir íntegramente las sentencias y otras resoluciones judiciales o administrativas, tanto del orden interno como internacional, que estimen la violación de los derechos humanos, impongan castigos a los culpables y establezcan medidas de reparación o destinadas a evitar, con carácter previo o cautelar, el daño a los derechos humanos.
- f) A colaborar de forma leal con el resto de Estados Parte y con los organismos de protección de los derechos humanos establecidos en la presente Convención, elaborar y presentar, conforme a lo estándares internacionales en la materia, los informes obligatorios sobre el grado de cumplimiento de los derechos humanos o de las medidas destinadas a evitar o reparar el daño a los derechos humanos, poner a su disposición información veraz y facilitar el desarrollo de sus funciones en el territorio respectivo.
- g) A adoptar, conforme a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un sistema de indicadores que permita evaluar y vigilar de un modo objetivo el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención en los respectivos territorios, así como a facilitar de

un modo transparente y accesible a todos los interesados la información relativa tanto al cumplimiento de los estándares como de los recursos disponibles para su cumplimiento.

Deberes de los ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado Parte

Artículo 4

Los ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en uno de los Estados Parte, estarán jurídicamente obligados a respetar los derechos establecidos en la Convención. Contra los actos de estos sujetos que impidan, menoscaben o dificulten el disfrute y ejercicio de los derechos humanos o el acceso a los bienes que protegen, podrán presentarse denuncias ante la Corte de Derechos Humanos.

CAPÍTULO SEGUNDO: INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y SUSPENSIÓN

Normas generales de interpretación y aplicación

Artículo 5

1. Ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en el sentido de:
 - a) Autorizar a los Estados, grupos o personas a suprimir o limitar el disfrute y ejercicio de los derechos humanos o el acceso a los bienes que protegen, más allá de lo expresamente previsto en ella;
 - b) Conferir a un individuo, grupo u órgano de la sociedad o a cualquier Estado el derecho a desarrollar actividades o realizar actos que tengan por objeto o resultado suprimir los derechos y libertades enunciados en la presente Convención;
 - c) Suprimir o limitar el disfrute y ejercicio de los derechos y el acceso a los bienes establecidos en los ordenamientos jurídicos internos, en otros tratados, normas y actos de derecho internacional o que son inherentes a los seres humanos y a su dignidad;
 - d) Excluir reconocimientos e interpretaciones más favorables para el disfrute y ejercicio de los derechos humanos o el acceso a los bienes que protegen;
 - e) Excluir o limitar cierto de tipo de obligaciones, positivas o negativas, de los Estados en el cumplimiento y la efectiva vigencia de los derechos humanos,

- basándose en una pretendida naturaleza, clasificación o carácter especial de ciertos derechos y libertades;
- f) Excluir o limitar el pluralismo político y social, así como la diversidad étnica, lingüística y cultural.
 2. De entre todas las interpretaciones y aplicaciones posibles de las disposiciones de la presente Convención, deberá elegirse aquella que resulte más favorable para el disfrute y ejercicio de los derechos humanos o el acceso a los bienes que protegen, independientemente de que tal interpretación provenga de otros organismos internacionales de protección de los derechos humanos distintos a los previstos en esta Convención.
 3. En todo caso, la interpretación y aplicación de los derechos reconocidos en la presente Convención deberá realizarse atendiendo las circunstancias del caso, ponderando los bienes jurídicos involucrados y la gravedad del daño producido.
 4. Todas las personas de las comunidades indígenas tienen reconocidos todos los derechos que componen este Convenio interpretados de acuerdo a su cosmovisión, tradiciones ancestrales, referentes espirituales y cultura en general, y con referencia en los principios informadores del mismo.
 5. Sólo se admiten las restricciones a los derechos humanos que estén expresamente previstas en la Convención, siempre que sean estrictamente necesarias para la defensa del interés general en una sociedad democrática avanzada, idóneas para la consecución del fin previsto y únicamente en el caso de que no existieran otras medidas que, siendo igualmente idóneas para la defensa del interés general, no afectaran los derechos humanos o lo hicieran en menor medida.
 6. Todos los derechos establecidos en la presente Convención son indivisibles, interdependientes, progresivos, inalienables, irrenunciables y gozan de la misma jerarquía y del mismo nivel de protección convencional.
 7. Los derechos que proclama esta Convención no serán entendidos como negación de otros derechos humanos no enunciados inherentes a la dignidad de la persona, los cuales podrán ser alegados y deberán ser protegidos por la Corte de Derechos Humanos.
 8. Todo ser humano que se encuentre en territorio de un Estado Parte, independientemente de su situación administrativa, es titular y gozará de los derechos reconocidos en esta Convención, con excepción de las particularidades que en cada Estado miembro se establezcan en materia de derechos de participación política.

9. Los Estados Parte de la presente Convención se comprometen a adoptar todas las medidas que estén a su alcance, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena eficacia de todos los derechos aquí reconocidos.

Suspensión de aplicación de la Convención

Artículo 6

1. Únicamente en el caso de situaciones excepcionales que amenacen gravemente la independencia, la integridad y la seguridad de los Estados, y con la sola y única finalidad de restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos, éstos podrán suspender la aplicación de las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención por tiempo estrictamente limitado, siempre que no exista ninguna medida menos restrictiva y de forma proporcional a la entidad de la amenaza.
2. La suspensión requiere que la situación excepcional haya sido prevista con carácter previo en una norma con rango de ley de derecho interno y que haya sido declarada por la autoridad y conforme al procedimiento legalmente establecidos, siempre y cuando tales disposiciones internas no sean contrarias a las obligaciones que impone el derecho internacional. Fuera de estos supuestos, la Convención estará plenamente vigente.
3. En todo caso, la suspensión no podrá afectar a los derechos contenidos en las disposiciones de la Convención relativas a Diversidad y pluralismo, Igualdad, Derecho a la vida, Derecho a la identidad, Derecho a la familia, Integridad personal, Libertad y seguridad personales, Desaparición forzada de personas, Principio de legalidad sancionatoria, Libertad de pensamiento, conciencia y religión, Derecho a la tutela judicial efectiva, Derechos de participación, Derechos a los servicios públicos básicos, Derecho a la asistencia sanitaria, Derecho a la educación, Derecho al trabajo, No discriminación laboral de las mujeres, Derecho a la seguridad social, Derecho a prestación por desempleo, Derecho a pensión de jubilación, Derecho de indemnización por despido, Derecho a sindicarse, Cobertura por enfermedad, Viudedad, Orfandad, derechos de las personas en situación de desvalimiento o dependientes, derechos de los consumidores, derecho a un medio ambiente sano y saludable, Derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras comunitarias de origen, demarcación territorial, autorreferencia censal, doble nacionalidad, patrimonio cultural, Derecho a la seguridad nacional económica comercial.

4. El Estado Parte deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto de [...] (el organismo encargado depende de la organización internacional en la que la Convención se adopte), de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. La notificación de los Estados Partes deberá incluir información detallada sobre las medidas adoptadas, una clara explicación de los motivos por los que se hayan adoptado, e ir acompañada de una documentación completa sobre las disposiciones jurídicas. Se necesitarán notificaciones adicionales si un Estado Parte posteriormente adopta medidas adicionales.

PARTE II: DERECHOS RECONOCIDOS

Dignidad humana

Artículo 7

1. Todos los derechos y garantías establecidos en la presente Convención tienen como fundamento, contenido y fin la dignidad humana; la satisfacción de las necesidades de los hombres, de las mujeres y de los grupos en que se insertan que les permiten llevar una vida plena y autónoma; la participación activa en la realización de los derechos humanos, en el desarrollo económico, en la cultura y en las decisiones públicas a través de instituciones adecuadas; así como el acceso a los beneficios y bienes públicos de la vida en común.
2. Cuando, ante el reiterado incumplimiento del Estado de su obligación de garantizar derechos básicos y necesarios para la subsistencia humana en condiciones dignas, una persona o grupo de personas accediera a los bienes protegidos por dichos derechos con afectación de otros derechos humanos protegidos por la presente Convención, las cortes deberán resolver el conflicto de derechos ponderando las necesidades de las partes y de acuerdo con el art. 5.3 de esta Convención.
La persona o grupo de persona que haya accedido a sus derechos básicos de subsistencia no podrán ser condenados por violación de los derechos humanos siempre que dicho acceso se produjera sin afectar los derechos a la vida, la integridad, la seguridad y la libertad y que el daño a los derechos ajenos no fuera superior al menoscabo de los derechos propios provocado por la situación que se pretende remediar.

Diversidad y pluralismo

Artículo 8

1. El pluralismo político, social y de formas de vida, así como la diversidad étnica, lingüística y cultural son valores de la dignidad humana. Su protección es uno de los fines principales de la presente Convención.
2. Los pueblos indígenas y afrodescendientes tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos, a no ser sometidos a ninguna forma de asimilación forzada, a conservar, reforzar y desarrollar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.
3. Los Estados se comprometen a reconocer, respetar y proteger adecuadamente el pluralismo y la diversidad en sus ordenamientos internos, a regular instituciones idóneas para la presencia, representación y expresión de las diferencias, garantizando el derecho a la diversidad y la pluralidad en la información y la comunicación, en el acceso a la educación y en la prestación de los servicios públicos.
4. Las medidas de reconocimiento, protección, promoción y defensa de las diferencias constitutivas del pluralismo y la diversidad en una sociedad democrática no se entenderán como contrarias a la igualdad ni a ningún otro derecho reconocido en la presente Convención, siempre y cuando no supongan discriminación prohibida a los efectos del artículo siguiente.

Igualdad

Artículo 9

1. Todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Toda situación, de hecho o de derecho, que impida, dificulte o menoscabe el disfrute y ejercicio igual de los derechos humanos o el acceso en condiciones de igualdad a los bienes que protegen, es contraria a esta Convención.
2. Se prohíbe toda forma de discriminación individual o colectiva por cualesquiera situaciones, condiciones o distinciones que tengan por objeto o resultado impedir, dificultar o menoscabar el disfrute y ejercicio de los derechos humanos o el acceso a los bienes que protegen. A efectos de la presente Convención, se entiende que aquellos grupos humanos que por razón de nacimiento, etnia, sexo, identidad de género o cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición

socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, diferencia física o cultural y otras condiciones personales, colectivas, sociales y culturales, sufren y han sufrido discriminación, deben recibir una atención especial y prioritaria por parte de los Estados y los organismos de protección y garantía de los derechos humanos.

3. Los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para eliminar las situaciones de debilidad o de discriminación en el disfrute y ejercicio de los derechos humanos y en el acceso a los bienes que protegen. La discriminación positiva, las acciones afirmativas y en general todas las medidas especiales y particularizadas destinadas a corregir las situaciones de debilidad en el disfrute y ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado 1, y las situaciones de discriminación hacia grupos concretos de personas a que se refiere el apartado 2, no son contrarias a la igualdad ni a otros derechos reconocidos en esta Convención.
4. Los Estados se comprometen a adoptar medidas adecuadas para mejorar progresivamente sus indicadores en materia de igualdad y de participación efectiva de los individuos, grupos y territorios en el desarrollo económico, social, político, urbanístico y cultural, así como a lograr una representación equilibrada de género y entre comunidades étnicas y culturales en los organismos, las decisiones y las acciones públicas.

Derecho a la vida

Artículo 10

1. Todas las personas tienen derecho a la vida.
2. Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.
3. Todas las personas tienen derecho, individual y colectivamente, a una alimentación adecuada en condiciones de seguridad, estabilidad del suministro y disponibilidad de alimentos suficientes, de calidad apropiada, libres de sustancias nocivas y culturalmente aceptables para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos y los grupos. La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación de los Estados Parte para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y naciones alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente.
4. Todas las personas tienen derecho, individual y colectivamente, a vivir en condiciones adecuadas de salubridad e higiene que no pongan en peligro su vida ni su salud, al suministro de agua potable y al saneamiento.

5. Las comunidades indígenas y tribales tienen derecho colectivo al territorio en el que realizan sus actividades de subsistencia y a la utilización de los recursos que en él se encuentran.

Derecho a la Identidad

Artículo 11

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a la personalidad jurídica, a un nombre, a adquirir una nacionalidad, que será la del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, así como a las relaciones familiares. Nadie puede ser privado arbitrariamente de su nacionalidad, ni del derecho a cambiarla ni del resto de elementos que conforman su identidad. Toda persona indígena tiene derecho a una doble nacionalidad, a una primera nacionalidad estatal y otra nacionalidad de referente originario.
2. Los pueblos indígenas tendrán el derecho de autorreferencia censal, por el que serán las propias poblaciones e individuos los que se identifiquen como integrantes de tales pueblos conforme a los procedimientos de sus instituciones tradicionales de organización y referencia.
3. Toda persona tiene derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir su pertenencia a una o varias comunidades culturales o estéticas, a expresar dichas elecciones en el espacio público, dentro de los límites que establezcan las normas en una sociedad democrática, y a acceder a expresiones culturales y estéticas diversas.
4. Toda persona tiene derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su identidad sexual así como a proceder a la rectificación de género y, en su caso, a la reasignación sexual. Los sistemas sanitarios públicos deberán garantizar de manera gratuita el acceso a los medios necesarios para que estos cambios se produzcan en condiciones seguras.

Derecho a la Familia

Artículo 12

1. Toda persona tiene derecho a establecer una familia tanto por matrimonio como por cualquier otra forma de su elección, de hecho o de derecho, que sea permitida por la ley y sin más restricciones que las relativas a la edad, que en todo caso no deberá ser inferior a los 18 años, la consanguinidad y el libre y pleno consentimiento tanto en la aceptación de la unión como en la

elección de la persona con la que se contrae. La ley regulará el procedimiento de prestación del consentimiento, la autoridad ante la que debe prestarse y el registro del matrimonio o la unión legalmente celebrados. Podrán establecerse excepciones relativas a la edad motivadas por la protección de la diversidad cultural y en atención al riesgo de desculturización del o la menor, siempre que se cumplan los requisitos de consentimiento. Se reconoce el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio.

2. Los cónyuges, o personas en análoga situación, tienen los mismos derechos, obligaciones y responsabilidades durante el matrimonio o la unión, con ocasión de su disolución, como progenitores y con respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos e hijas, siempre que así lo aconseje el superior interés del menor, a elegir apellido, profesión y ocupación, así como en la administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.
3. Los niños y niñas temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a una familia sustituta mediante hogares de guarda, la adopción u otros medios legalmente establecidos, siempre que así lo aconseje el superior interés del menor y, en todo caso, a la protección y asistencia especiales del Estado de conformidad con su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Integridad Personal

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual.
2. Nadie, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, puede ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
3. Nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.
4. A efectos de la presente Convención, y de la reparación por violación de los derechos humanos, se entiende por "tortura" todo acto u omisión que inflija a una persona penas o sufrimientos físicos, morales o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva o como pena, con la sola intención de causar daño o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumana o degradante.

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 y respeten los derechos de las personas privadas de libertad y las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

5. Toda persona tiene derecho, individual y colectivamente, a una vida libre de violencia física, psíquica, sexual o de cualquier otro tipo en el ámbito público, privado, laboral, escolar, familiar o afectivo. La violencia contra la mujer, el maltrato infantil, sea por acción o por omisión, el maltrato a personas especialmente vulnerables o en situación de debilidad, así como la intimidación sobre estos sujetos y sobre grupos tradicionalmente marginados o vulnerables, son violaciones a los derechos humanos bajo cualquier circunstancia.

Artículo 14

1. A efectos de lo señalado en los apartados 2 y 4 del artículo anterior, los Estados se comprometen, además de lo establecido en los artículos 2 y 3:
 - a) A incorporar en su legislación penal como delitos los actos y los métodos descritos en el apartado 4, así como la tentativa, participación o complicidad en tales actos, con las características propias de los delitos contra la humanidad, incluyendo la imprescriptibilidad y la prohibición de amnistía e indulto;
 - b) A tomar las medidas necesarias para prevenir, impedir y sancionar la tortura en el territorio bajo su jurisdicción o bajo su control efectivo, incluyendo la inmediata investigación de los hechos que pudieran constituir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes desde el momento en que tuvieran noticia, con independencia del lugar de comisión de los hechos o la nacionalidad de la víctima y del posible responsable; la detención del posible responsable que se hallara en su territorio para asegurar su presencia ante la justicia; el procesamiento del posible responsable, de conformidad con sus normas internas; la formación de la policía, fuerzas armadas, personal penitenciario, personal sanitario y demás agentes del Estado que tienen contacto con las personas privadas de libertad, así como informar de forma transparente y accesible a la población sobre los derechos que les asisten;

- c) A extraditar a toda persona acusada de haber cometido delito de tortura o condenada por su comisión, sirviendo esta Convención como tratado tanto con los Estados parte como con terceros Estados, a efectos de los requisitos internos para conceder la extradición y, en caso de denegar la extradición, a iniciar el proceso judicial correspondiente como si el delito hubiera sido cometido en su territorio. Ninguna disposición de la presente Convención debe interpretarse en el sentido de obligar al Estado Parte requerido a que conceda la extradición si éste tiene razones serias para creer que la solicitud ha sido presentada con el fin de procesar o sancionar a una persona por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social, o si, al aceptar la solicitud, se causara un daño a esta persona por cualquiera de estas razones;
 - d) A incluir el delito de tortura entre los delitos susceptibles de extradición en todo tratado que celebren entre sí con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención;
 - e) A denegar la extradición o la devolución de la persona requerida cuando existan sospechas fundadas de que corre peligro su vida, de que será sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente, así como cuando existan denuncias o casos pendientes por estos mismos hechos ante organismos internacionales;
 - f) A prestarse todo el auxilio policial y judicial necesario, incluido el suministro de pruebas que obraran en poder de alguno de ellos, para investigar, procesar y condenar a los responsables de delitos de torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
2. A efectos de lo señalado en el apartado 3 del artículo anterior, los Estados se comprometen, además de lo establecido en los artículos 2 y 3, a adoptar medidas eficaces para prevenir, impedir, sancionar y reparar íntegramente los experimentos médicos o científicos sobre los menores y las personas que no pueden prestar su consentimiento y que no les beneficie directamente, así como a establecer salvaguardias concretas respecto a la población económicamente vulnerable o privada de libertad.
3. A efectos de lo señalado en el apartado 5 del artículo anterior, los Estados se comprometen, además de lo establecido en los artículos 2 y 3:
- a) A establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para prevenir, impedir castigar y reparar íntegramente los

agravios infligidos a las mujeres, los niños y niñas, las personas especialmente vulnerables o en situación de debilidad y los grupos tradicionalmente marginados que sean objeto de violencia, maltrato o intimidación; a darles acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; así como a informarles de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;

- b) A adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a niños y niñas contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño o la niña se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo;
- c) A adoptar medidas específicas para proteger a los niños y niñas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en su educación, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social de los niños y niñas, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para empoderarlos;
- d) A adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para reducir y controlar la disponibilidad social de armas de fuego, incluyendo la regulación, marcaje y registro actualizado de las armas de fuego, partes, componentes, accesorios y municiones, fabricadas, importadas y comercializadas en el país, así como la prohibición de cualquier transferencia contraria a las obligaciones internacionales.

Libertad y seguridad personales

Artículo 15

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales.
- 2. La esclavitud, la servidumbre, la trata de esclavos, la trata de personas y el trabajo forzoso u obligatorio son violaciones de los derechos humanos y están prohibidas por la presente Convención.
- 3. A los efectos de la presente Convención, se considera trabajo forzoso todo trabajo o servicio exigido a una persona o a un grupo de personas bajo la amenaza de cualquier pena o perjuicio, la acumulación de deudas, la retención de documentos o la amenaza de denuncia ante las autoridades de inmigración, y para el cual la persona no se ofrece voluntariamente. No se puede recurrir nunca al trabajo forzoso con

finés de fomento económico, como medio de educación política o como medida de discriminación, de disciplina en el trabajo o de castigo por haber participado en huelgas.

4. A los efectos de la presente Convención, no se considerará trabajo forzoso, siempre que cumpla con lo establecido en el apartado anterior:
 - a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no 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 en una sociedad democrática avanzada.

5. Los Estados partes se comprometen, además de lo establecido en los artículos 2 y 3:
 - a) A establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para prevenir, castigar y reparar los agravios infligidos a las personas sometidas a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso u obligatorio; a darles acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; así como a informarles de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;
 - b) A adoptar medidas eficaces y exhaustivas destinadas a la erradicación del trabajo forzoso u obligatorio, con especial atención a las mujeres y niñas, a la inmigración y a los sectores agrícola, minero, construcción, manufacturas y servicio doméstico;
 - c) A presentar informes periódicos a los organismos establecidos en esta Convención con datos confiables sobre la extensión y la ubicación del trabajo forzoso dentro del país que permita observar las tendencias, identificar los factores de riesgo y diseñar estrategias adecuadas.

Legalidad de la detención y derechos de las personas privadas de libertad

Artículo 16

1. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, ni detenido en secreto ni mantenido en lugares de privación de libertad distintos de los oficialmente reconocidos y controlados. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas previamente por ley y con arreglo al procedimiento y los límites establecidos en ésta.
2. Toda persona detenida o retenida tiene derecho a ser informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella, a comunicarse con su familia, un abogado o cualquier otra persona de su elección y a recibir su visita, con la sola reserva de las condiciones establecidas por la ley, y en el caso de un extranjero, a comunicarse con sus autoridades consulares, de conformidad con el derecho internacional aplicable.
3. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez o 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 sólo podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio, la ejecución del fallo o la conservación de las pruebas. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general.
4. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, a la mayor brevedad posible, 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. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación en los términos establecidos en el artículo 2.5.
5. Toda persona privada de libertad, incluidas las internadas en hospitales, instituciones y centros privados que albergan personas por orden de las autoridades públicas, será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en esta Convención sin perjuicio de las restricciones inevitables y proporcionadas en condiciones de reclusión.

6. El aislamiento prolongado de las personas privadas de libertad, el incumplimiento de las condiciones básicas respecto del alojamiento, higiene, tratamiento médico y ejercicio, así como la negación de derecho a recibir correspondencia y visitas, son acciones violatorias de los derechos humanos a efectos del artículo 15.
7. Los procesados deben estar separados de los condenados y sometidos a regímenes distintos, así como los procesados menores de edad de los adultos y en un régimen adecuado a su edad y condición jurídica.
8. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reintegración e inclusión sociales de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica. Las medidas posteriores al cumplimiento de la pena que incidan en la estigmatización social de la persona serán reputadas contrarias a los derechos humanos a efectos del artículo 9.

Desaparición forzada de personas

Artículo 17

1. Nadie será sometido a desaparición forzada. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado o amenaza de guerra o de terrorismo, inestabilidad política interna, estados excepcionales o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada.
2. 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.
3. La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido y con las consecuencias previstas en el derecho internacional aplicable.
4. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "víctima" la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. Cada víctima tiene los siguientes derechos:

- a) A conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida;
- b) A la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, a la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos;
- c) A la identificación y restitución a sus familiares de origen de los niños y niñas sometidos a desaparición forzada, o de niños y niñas cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños y niñas nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada, así como a la anulación de toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada, teniendo siempre en cuenta el interés superior de los niños y niñas y su derecho a expresar libremente su opinión;
- d) Al inmediato acceso a la información contenida en los registros oficiales y/o expedientes actualizados de las personas privadas de libertad que se regulan en el artículo siguiente;
- e) A la protección por parte del Estado, incluidos quienes participen en la investigación, los testigos y los abogados, contra cualquier dilación, obstrucción, maltrato, intimidación o sanción, sea de hecho o de derecho, por razón de la búsqueda de informaciones sobre una persona privada de libertad o de la denuncia de su desaparición;
- f) A la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada que incluya los daños materiales y morales, la restitución, la readaptación, la satisfacción, el restablecimiento de la dignidad y la reputación, así como las garantías de no repetición.

Artículo 18

A efectos de lo señalado en el artículo anterior, los Estados se comprometen, además de lo establecido en los artículos 2 y 3:

- 1. A incorporar en su legislación penal como delitos los actos descritos en el apartado 2 del artículo anterior, así como la tentativa, participación o complicidad con tales actos, con las características propias de los delitos contra la humanidad, incluyendo la imprescriptibilidad y la prohibición de amnistía e indulto.
- 2. A tomar las medidas necesarias para considerar como responsable del delito de desaparición forzada al superior, sin perjuicio de las normas de derecho internacional más estrictas en materia de responsabilidad exigibles a un jefe militar o al que actúe efectivamente como jefe militar,

que haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente, o no haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

3. A tomar las medidas necesarias para prevenir, impedir y sancionar la desaparición forzada en el territorio bajo su jurisdicción o bajo su control efectivo, incluyendo la inmediata investigación de los hechos que pudieran constituir desaparición forzada desde el momento en que tuviera noticia, con independencia del lugar de comisión de los hechos o la nacionalidad de la víctima y del posible responsable; la detención del posible responsable que se hallara en su territorio para asegurar su presencia ante la justicia; el procesamiento del posible responsable, de conformidad con sus normas internas; la formación de la policía, fuerzas armadas, personal penitenciario, personal sanitario y demás agentes del Estado que tienen contacto con las personas privadas de libertad, así como a informar de forma transparente y accesible a la población sobre los derechos que les asisten.
4. A tomar las medidas necesarias para prevenir y sancionar los actos que obstaculicen el desarrollo de las investigaciones, garantizar que las personas de las que se supone que han cometido un delito de desaparición forzada no estén en condiciones de influir en el curso de las investigaciones, ejerciendo presiones y actos de intimidación o de represalia sobre el denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como sobre quienes participan en la investigación, y a impedir que la persona que rehúse obedecer una orden de esta naturaleza sea sancionada.
5. A tomar las medidas necesarias para impedir y sancionar la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el apartado 4.c) del artículo anterior.
6. A extraditar a toda persona acusada de haber cometido delito de desaparición forzada o condenada por su comisión, sirviendo esta Convención como tratado tanto con los Estados parte como con terceros Estados, a efectos de los requisitos internos para conceder la extradición y, en caso de denegar la extradición, a iniciar el proceso judicial correspondiente como si el delito hubiera sido cometido en su territorio. Ninguna disposición de la presente Convención debe interpretarse en el sentido de obligar al Estado Parte requerido a que conceda la extradición si éste tiene razones serias para creer

que la solicitud ha sido presentada con el fin de procesar o sancionar a una persona por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social, o si, al aceptar la solicitud, se causara un daño a esta persona por cualquiera de estas razones.

7. A incluir el delito de desaparición forzada entre los delitos susceptibles de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí con posterioridad.
8. A establecer y mantener uno o varios registros oficiales y/o expedientes actualizados de las personas privadas de libertad, que bajo requerimiento serán rápidamente puestos a disposición de toda autoridad judicial o de toda otra autoridad o institución competente de acuerdo con la legislación nacional o cualquier instrumento jurídico internacional relevante del que el Estado sea parte. Esa información contendrá al menos:
 - a) La identidad de la persona privada de libertad;
 - b) El día, la hora y el lugar donde la persona fue privada de libertad y la autoridad que procedió a la privación de libertad;
 - c) La autoridad que decidió la privación de libertad y los motivos de ésta;
 - d) La autoridad que controla la privación de libertad;
 - e) El lugar de privación de libertad, el día y la hora de admisión en el mismo y la autoridad responsable de dicho lugar;
 - f) Los elementos relativos a la integridad física de la persona privada de libertad;
 - g) En caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos de la persona fallecida;
 - h) El día y la hora de la liberación o del traslado a otro lugar de detención, el destino y la autoridad encargada del traslado.
9. A prestarse todo el auxilio policial y judicial necesario, incluido el suministro de pruebas que obraran en poder de alguno de ellos, para investigar, procesar y condenar a los responsables de delitos de desaparición forzada.

Derecho a la tutela judicial efectiva

Artículo 19

1. Todas las personas son iguales ante los jueces, tribunales y cortes de justicia.
2. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido, efectivo y público 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.
3. Toda persona tiene derecho a un proceso efectivo, público, en un plazo razonable y con las debidas garantías ante un juez o tribunal competente, independiente, autónomo e imparcial, establecido previamente 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 orden civil, administrativo, fiscal, laboral o de cualquier otro carácter. Los fiscales deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos. Los tribunales militares están sujetos a las garantías establecidas en este artículo y no podrán imponer la pena de muerte, ni juzgar a civiles, ni a militares cuando las víctimas de los hechos sean civiles o cuando las acusaciones sean de violación de los derechos humanos o de delitos contra el orden democrático.
 4. 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 avanzada, 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. 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.
 5. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, y, durante el proceso, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza, causas y posibles consecuencias 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 libre y privadamente con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado en un plazo razonable en todas las fases del proceso;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida eficazmente por un defensor de su elección en todas las etapas del proceso; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo; a ser asistida eficazmente por un defensor proporcionado por el

- Estado, si el inculpado no se defendiere a sí mismo ni nombrare defensor en el plazo establecido por la ley;
- 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, a la comparecencia de peritos u otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - 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. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
6. Toda persona declarada culpable penalmente 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. La segunda instancia revisará tanto las pruebas presentadas en el primer juicio como la forma en que se desarrolló éste y no podrá agravar de oficio la pena impuesta.
7. 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.
8. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por los mismos hechos por los que haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.
9. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración e inclusión sociales, estableciendo leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños alternativos al internamiento en instituciones.

Principio de legalidad sancionatoria

Artículo 20

1. Nadie será privado de libertad ni 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. En todo caso tendrán la consideración de delitos reconocidos por el derecho internacional el genocidio, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y traslado forzoso de población, la privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional, la tortura, violación y otras formas graves de violencia sexual, la desaparición forzada, la persecución de un grupo político, racial, nacional, étnico, religioso o una minoría sexual y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, cuando son cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Libertad de pensamiento, conciencia y religión

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de no tener, de adoptar o de abandonar 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 que puedan menoscabar su libertad de tener, de no tener, de adoptar o de abandonar la religión o las creencias de su elección, incluidas las que limitan el acceso a la educación, a la asistencia médica, al empleo o al resto de derechos garantizados en esta Convención, la injerencia en la elección de personas idóneas para ejercer la autoridad espiritual dentro de una comunidad religiosa o de creencias o lo

atentados contra bienes o lugares sagrados de estas comunidades. Ninguna disposición de la presente Convención podrá interpretarse en el sentido de brindar protección a grupos, movimientos y prácticas que, bajo el pretexto de libertad de religión o creencia, se dedican a actividades criminales o a la defensa, promoción o propaganda en favor de la guerra, la intolerancia, la hostilidad, la violencia o la discriminación contra la mujer o contra otros colectivos humanos.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones establecidas por la ley, aplicadas sin discriminación de ningún tipo y que sean necesarias en una sociedad democrática avanzada para proteger proporcionalmente la seguridad, el orden, la salud 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. Los niños son titulares de los derechos reconocidos en el apartado 1 del presente artículo, por lo que las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres de los tutores, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, y de otras personas encargadas legalmente del niño de orientar al niño en el ejercicio de sus derechos, deben interpretarse en consonancia con la evolución de sus facultades y su libertad de tener o de no tener, de adoptar o de abandonar la religión o las creencias de su elección. En la escuela pública o subvencionada con fondos públicos, puede impartirse enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética, siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva, pero la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares, sin previsión de exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores, es incompatible con lo dispuesto en este artículo.
5. Toda persona tiene derecho a la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar obligatorio sobre la base del carácter de sus creencias particulares. Los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias para que exista un servicio alternativo sin discriminación sobre las creencias que prohíban la realización del servicio militar y cuya duración o características no tengan efectos punitivos.
6. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a disentir de las creencias de los demás, aunque éstas sean las mayoritarias o tradicionales de su Estado o comunidad, y a manifestar públicamente

su disenso con los únicos límites establecidos en los apartados 2 y 3 de este artículo. En los casos de reconocimiento del pluralismo jurídico de las comunidades indígenas, deberán considerarse el derecho a preservar su identidad cultural por parte de la comunidad de origen así como la prohibición de la asimilación cultural forzada.

Libertad de expresión e información y derecho al conocimiento

Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en condiciones de igualdad de oportunidades y sin discriminación alguna:
 - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y difusión;
 - b) A la producción, creación y difusión literaria, artística, científica y técnica;
 - c) A buscar, recibir, acceder y difundir libremente informaciones de toda índole y de las fuentes más diversas, sin consideración de fronteras, por cualquier procedimiento de su elección;
 - d) Al acceso al conocimiento;
 - e) Al acceso a la información en poder del Estado.
2. El ejercicio de los derechos previstos en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores que deben estar expresamente fijadas por la ley, ser necesarias y proporcionadas en una sociedad democrática avanzada para asegurar:
 - a) El respeto a los derechos, la reputación, la intimidad y la propia imagen de los demás, incluidos los grupos étnicos, culturales, lingüísticos o religiosos. Los funcionarios públicos, las personas públicas o los particulares que se hayan involucrado voluntariamente en asuntos de interés público están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes de defensa de la privacidad y las que penalizan la expresión ofensiva no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de informaciones y opiniones de interés público;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud pública contra un peligro real e inminente que las amenace en sociedades democráticas avanzadas.
3. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de salvaguardar derechos de la infancia y la adolescencia.

4. Los Estados se comprometen a prohibir expresamente las restricciones a los derechos reconocidos en el apartado 1 por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, de dominios en internet o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, la colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, o por cualesquiera otros medios encaminados a interferir, presionar, obstaculizar o impedir la comunicación, la circulación de ideas y opiniones y el libre flujo informativo.
5. La pluralidad y diversidad de fuentes, informaciones y opiniones es un contenido esencial de los derechos reconocidos en el apartado 1. Los Estados se comprometen a adoptar medidas eficaces que prohíban los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación y que garanticen la igualdad de oportunidades de todas las personas en el acceso a las asignaciones de radio y televisión, así como a internet.
6. Los Estados se comprometen a adoptar medidas eficaces para asegurar el derecho de toda persona a acceder a la información sobre el medio ambiente, la contaminación, o los productos químicos peligrosos que se encuentre en manos de las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, lugares de trabajo y residencia.
7. Los Estados se comprometen a adoptar por ley y a tomar medidas eficaces para asegurar el derecho de toda persona al acceso libre y abierto a las publicaciones, datos de investigación y archivos de datos en todas las instituciones, organismos, centros y programas financiados, total o parcialmente, con fondos públicos, con los límites establecidos en el apartado 2.
8. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra, la discriminación o la hostilidad, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, nacional, religioso, cultural, de género, de opción sexual o de cualquier otra circunstancia personal o social, así como cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo.

Derechos a la intimidad, honra y propia imagen

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar, a la honra y reputación, y a la propia imagen.

2. Se garantiza el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio y la protección eficaz contra las injerencias ilegales o arbitrarias en la intimidad, los ataques ilegales a la honra y el uso no permitido de la propia imagen. La ley deberá establecer con claridad las circunstancias en las que las injerencias en la vida privada provenientes de las autoridades están permitidas, atendiendo a los criterios de necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática avanzada.
3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

Derecho de rectificación o respuesta

Artículo 24

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas, incompletas 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 que se efectúe por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley, que en todo caso exigirá una equivalencia en la difusión y publicidad de la información y de la rectificación o respuesta.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectividad de este derecho, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio, televisión o internet tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Derecho de reunión

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho de reunión pacífica y sin armas, que en ningún caso estará sometido a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas con carácter previo por la ley y que sean necesarias y proporcionadas en una sociedad democrática avanzada para proteger los derechos de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la salud pública contra un peligro real y previsible. Cuando se restrinja el derecho de reunión, se garantizará su

ejercicio ofreciendo alternativas equivalentes que no desvirtúen la finalidad perseguida por sus promotores.

3. Las reuniones que no cumplan los requisitos legales para el ejercicio del derecho de conformidad con esta Convención, pero no sean violentas ni supongan peligro real e inminente contra los derechos de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la salud pública, no serán dispersadas. En otro caso, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o, si no es posible, utilizarán los medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria y proporcionada para conseguir la dispersión.

Derecho de asociación

Artículo 26

1. Todas las personas tienen derecho, individual y colectivamente, a asociarse libremente con fines políticos, laborales, ideológicos, sociales, de defensa de los derechos humanos o de cualquier otra índole. El derecho a la libre asociación comprende:
 - a) El derecho a formar asociaciones, sin distinciones de ningún tipo y sin autorización previa, al reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y a la protección de su libertad e independencia por parte del Estado;
 - b) La libertad de formar parte de las asociaciones ya constituidas. Nadie podrá ser compelido ni obligado a afiliarse a una asociación, con las excepciones que prevean las normas nacionales sobre la afiliación obligatoria a colegios profesionales u otras asociaciones que cumplan funciones públicas respecto al ejercicio de ciertas profesiones;
 - c) El derecho a la autonomía, a redactar estatutos y reglamentos administrativos, de elegir libremente representantes, organizar una administración y actividades, formular programas de acción, constituir federaciones y confederaciones, a afiliarse a las mismas y a organizaciones internacionales, y el de no ser disueltas o suspendidas por vía administrativa siempre que sus fines sean lícitos;
 - d) Son atentados contra la autonomía de las asociaciones establecida en el apartado anterior, los que sufran sus representantes, apoderados y dirigentes. Los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el período de su elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus

condiciones de trabajo, sino por justa causa, establecida legalmente y calificada previamente por la autoridad competente.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias y proporcionadas en una sociedad democrática avanzada, para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud pública 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. La ratificación de esta Convención por un Estado no menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía derechos y garantías aquí establecidas.

Derechos de participación

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a tener la oportunidad efectiva de participar sin discriminaciones en el gobierno de su país y en la gestión de los asuntos públicos. Ello comprende, al menos:
 - a) El derecho a votar, elegir y ser elegido conforme a un sistema de voto universal, igual, secreto, directo y periódico que asegure que todos y todas los que tienen derecho a votar puedan hacerlo, que las formaciones concurren en condiciones básicas similares para el desarrollo de sus campañas, con equidad y transparencia en el uso de los recursos económicos y en el acceso a la información, y que proteja a los electores y electoras contra toda forma de coacción para revelar cómo van a votar o cómo han votado, así como contra toda injerencia ilícita en el proceso electoral. Debe sancionarse toda forma de coerción o inducción del voto, derivada de la relación laboral, de la afiliación social o del disfrute de un bien o servicio público;
 - b) El derecho a representar y ser efectivamente representado conforme a un sistema de escrutinio público tutelado por autoridades imparciales e independientes, que asegure la correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección, así como a través de la igualdad en el ejercicio de las funciones y competencias atribuidos a los representantes;

- c) El derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas o financiados con fondos públicos. Las medidas positivas destinadas a promover la igualdad de oportunidades y la corrección de las discriminaciones de hecho no se consideran contrarias a este apartado;
 - d) El derecho a decidir directamente conforme a los procedimientos legalmente previstos;
 - e) El derecho a participar activa, eficaz y permanentemente en la realización de los derechos humanos, en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones que les afecten, así como en la planificación, aplicación y evaluación de las mismas, con especial atención a la participación de las comunidades minoritarias, las rurales, las mujeres, las personas vulnerables y las tradicionalmente excluidas;
 - f) El derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a participar, al menos, en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales de residencia en el Estado de empleo;
 - g) El derecho de los pueblos y comunidades indígenas a participar activamente en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, directamente o por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones, a ser consultados antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado y, en lo posible, a administrar los programas económicos y sociales que les conciernan mediante sus propias instituciones;
 - h) El derecho de los trabajadores a la participación laboral en cuanto a la información relativa a estructura, funciones y objetivos de su empresa, así como a ser consultado sobre la pertinencia de los elementos anteriores.
2. Sólo podrán establecerse restricciones a los derechos reconocidos en el apartado anterior, mediante ley y que resulten razonables en una sociedad democrática avanzada, por motivos de edad, nacionalidad, capacidad civil o mental, condena por un juez competente en un proceso penal conforme a las garantías establecidas en esta Convención y de forma proporcional al delito y la condena. El preso sin condena no puede ser privado del derecho a votar. Toda decisión sobre la falta de competencia mental de un individuo para ejercer sus derechos requiere una decisión judicial, adoptada de conformidad con los principios de legalidad y de debido proceso, y debe ser revisada periódicamente.

Derechos de circulación, residencia y refugio

Artículo 28

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. Las personas tienen derecho a acceder a un sistema de transporte público urbano e interregional eficiente, eficaz y económicamente asequible para todos.
3. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
4. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable y necesaria en una sociedad democrática avanzada para proteger la seguridad nacional, el orden y la salud públicos o los derechos y libertades de los demás, de forma proporcionada y compatible con los demás derechos reconocidos en la presente Convención, particularmente el derecho a la vida en familia.
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 o para la defensa de otros derechos reconocidos en la presente Convención, como los de las comunidades y pueblos indígenas.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar y permanecer en el propio país.
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 en la que se indiquen, en una lengua que pueda entender, los motivos de la misma. Hasta que una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de

los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes, así como a solicitar por sí o a través de un familiar, autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen. Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Se prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros.

7. Toda persona tiene derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que la alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual. El todo caso, el desplazamiento no se llevará a cabo de forma que ponga en peligro los derechos a la vida, dignidad, libertad y seguridad de los afectados, siempre será ordenado por una autoridad legalmente competente, con derecho a un recurso judicial y por una duración no superior a la impuesta por las circunstancias. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país.
8. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir refugio en territorio extranjero de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales en los siguientes casos:
 - a) Persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos;
 - b) Que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país;
 - c) Que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;
 - d) Que se encuentren fuera de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.
9. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida, a la libertad e integridad personales está en riesgo de violación por las causas señaladas en el apartado anterior.

Derecho de Propiedad

Artículo 29

1. Se reconoce el derecho a ser propietario de forma individual, colectiva y en asociación con otros.
2. La adquisición, el uso y el goce de los bienes privados, así como los deberes que le son inherentes, estarán regulados por la ley en atención a la función social y ambiental de la propiedad, el respecto a los derechos reconocidos en la presente Convención y para hacer accesible la propiedad a todos y todas.
3. Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a la propiedad de las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. La propiedad comunitaria o colectiva de las tierras indígenas es indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible. Los territorios ancestrales indígenas no tendrán sólo una consideración de bien económico sino que poseen la categoría de bienes integrales poseedores de una proyección espiritual y cultural indivisible.
4. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y según las formas establecidas en la ley.

Derecho a la vivienda

Artículo 30

1. Toda persona tendrá derecho a disfrutar de una vivienda en condiciones suficientes de habitabilidad, seguridad jurídica en la tenencia, asequible a sus posibilidades económicas y ubicadas en un lugar con pleno acceso a los servicios. El Estado promoverá el acceso a la propiedad de la vivienda o a su disfrute en alquiler en condiciones que no superen la detracción de más del veinte por ciento de los ingresos de la renta familiar.
2. Los Estados se comprometen a adoptar estrategias nacionales de vivienda que deberán tener en cuenta la relación entre el derecho a la vivienda y el disfrute de otros derechos reconocidos en la presente Convención, así como la adecuación de la vivienda a la situación real y las circunstancias concretas de las personas.
3. El desahucio a cualquier persona sin recursos básicos de supervivencia es un hecho violatorio del derecho a la vivienda que deberá ser normativamente proscrito. Los Estados deberán desarrollar una legislación eficaz contra los desalojos forzosos, así como recursos eficaces y accesibles que protejan el derecho a la vivienda.

Derechos a los servicios públicos básicos

Artículo 31

Toda persona tendrá derecho a un suministro universal, inmediato, eficaz y de coste asequible de los servicios públicos básicos y esenciales de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones. El precio de estos servicios nunca podrá subir por encima de los indicadores de precios al consumo. Sus tarifas serán establecidas directamente por el Estado bajo una lógica de inversión en capital social y capital industrial y no bajo una lógica de ganancia. Será imperativo y prioritario evitar bajo cualquier circunstancia o condición por la que cualquier ciudadano se vea privado de estos servicios.

Derecho a la asistencia sanitaria

Artículo 32

Toda persona tiene derecho a una sanidad pública gratuita y eficaz tanto terapéutica, preventiva como rehabilitadora, que cubrirá todos los campos médicos, incluida la atención pediátrica, con especial atención a las personas con discapacidad. De la misma manera deberá haber un acceso gratuito o, en todo caso, muy accesible para todos los medicamentos imprescindibles para las distintas terapias.

Derecho a la Educación

Artículo 33

1. Toda persona tiene derecho a una educación gratuita, intercultural y plurilingüe en los niveles primario y secundario. La educación en el nivel primario es obligatoria. Asimismo deberá haber un acceso gratuito o muy asequible a los textos escolares imprescindibles para los niveles primario y secundario.
2. Se gestará una red de centros públicos de educación superior universitaria de alto perfil docente e investigador, con unos precios o sistema de becas que garantice el acceso universal y masivo al mismo.
3. Los niños, niñas y jóvenes con discapacidad tienen derecho a una educación adaptada a sus necesidades.
4. *Toda persona tiene derecho al acceso a una oferta de formación continua a lo largo de la vida, con el objeto de mejorar sus cualificaciones, sus conocimientos y sus aptitudes, con una perspectiva personal, cívica social o relacionada con el empleo. Los Estados deberán ofrecer una oferta universal y continua de formación informal destinada a los ciudadanos de todas las edades.*

Derecho a una renta básica

Artículo 34

Todas aquellas personas sin recursos suficientes para mantener una vida digna, ya sea porque tienen a su cargo personas dependientes que les impiden trabajar, por qué no encuentran trabajo o han agotado la prestación de desempleo y no consiguen trabajo, por qué no tienen derecho a una pensión de jubilación o ser ésta insuficiente, por qué de su actividad productiva no obtienen los recursos suficientes para una vida digna, o por cualquier otra causa o circunstancia, recibirán una renta básica que les permita vivir dignamente.

Derecho al Trabajo

Artículo 35

1. Toda persona tiene derecho al trabajo que se deberá ser estable y corresponder de manera suficiente con su cualificación profesional, y que será o se establecerá como creativo, evitando coyunturas de precariedad y alienación. La infancia tendrá prohibido el trabajo salvo de forma ocasional, y sólo en el ámbito familiar reglado, sin que pueda perturbar en manera alguna su formación escolar.
2. Se reconocen la pluralidad de formas de trabajo y organización de la producción. Todas las modalidades de trabajo urbanas, indígenas-comunitarias, estatales, privadas, social cooperativas, rurales, ya sean autónomas, cooperativas o por cuenta ajena, deben gozar de derechos que permitan a quienes los ejercen una vida y una vejez dignas, con un salario justo y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido.
3. Las labores de autosustento y cuidado humano se reconocen como modalidades de trabajo y cuentan con todos los derechos reconocidos en la presente Convención.
4. Toda persona trabajadora tiene derecho a un ambiente laboral seguro, sano y armónico, bajo medidas de seguridad e higiene que prevengan situaciones de riesgo para la vida y la salud, física o psíquica, del trabajador.
5. Toda persona trabajadora tiene derecho al constante aprendizaje sobre su medio laboral, a su permanente capacitación técnica y al conocimiento funcional de su medio socio-político. El Estado asumirá la elaboración y gestión de los programas de formación técnico-laboral.

Derecho a un salario mínimo suficiente, digno y progresivo

Artículo 36

Todo trabajador tiene derecho a un salario mínimo suficiente, digno y progresivo marcado obligatoriamente por el organismo correspondiente.

No discriminación laboral de las mujeres

Artículo 37

Las mujeres tienen derecho a un igual acceso al empleo y a la misma remuneración que los hombres por un trabajo de igual valor. El embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijos no podrá ser motivo de discriminación o despido. Se garantiza la inamovilidad laboral de las mujeres embarazadas, y de los progenitores, hasta que el hijo o hija tenga un año de edad.

Derecho a la Seguridad social

Artículo 38

Todo ciudadano, independientemente de su forma de trabajo, tiene derecho a pertenecer a un sistema público de previsión o seguridad social en cuanto a su condición de trabajador por cuenta ajena, cooperativista o autónomo.

Derecho a prestación por desempleo

Artículo 39

Toda persona tendrá derecho a una prestación por desempleo, suficiente para garantizarle una vida digna, cuando pueda demostrar que le resulta imposible conseguir empleo que se corresponda con su derecho al trabajo y su correspondiente cualificación, y según sea certificado por la agencia estatal correspondiente.

Derecho a pensión de jubilación

Artículo 40

1. Toda persona tiene derecho a la jubilación que deberá producirse a una edad máxima de 65 años, pudiéndose establecerse excepciones para aquellas profesiones hábiles para ello, y siempre mediando consentimiento de empleador y empleado.

2. La pensión de jubilación debe ser de una cuantía suficiente para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de su receptor.
3. Independientemente del derecho a la jubilación y de los años trabajados, todos los ancianos tienen derecho a una vejez digna debiendo ser proveídos, en caso de no tener derecho a una pensión de jubilación o no ser ésta insuficiente, de una renta vitalicia de vejez que les permita vivir dignamente.

Derecho de indemnización por despido

Artículo 41

Todo trabajador tendrá derecho a una indemnización por despido cuando este se produzca de forma improcedente.

Derecho al ocio, descanso y vacaciones periódicas retribuidas

Artículo 42

1. Toda persona trabajadora tiene derecho al ocio y al descanso. La jornada laboral semanal en ningún caso podrá superar las cuarenta horas, salvo en lo relativo a la incorporación excepcional de horas extras reguladas en convenio.
2. Todo trabajador tendrá derecho a vacaciones periódicas retribuidas, que se corresponderán con un mes por año trabajado.

Derecho a sindicarse, a la negociación colectiva y a la representación sindical de los trabajadores y a la huelga

Artículo 43

1. Todo trabajador tiene derecho a organizarse en sindicatos cuyo objeto será la defensa y mejora de las condiciones del trabajo.
2. Todo trabajador tiene derecho a la negociación colectiva que se podrá organizar en cuantos ámbitos geográficos o productivos se puedan considerar y cuyas resultas nunca podrán minorar o anular los contenidos y derechos adquiridos en la negociación colectiva sectorial nacional.
3. Todo trabajador tiene derecho a una representación sindical proporcional.
4. Todo trabajador o colectivo de trabajadores tiene derecho a la huelga en lo relativo a la reivindicación o negociación de sus condiciones laborales.

Iniciativas de economía social cooperativa y acceso al sistema crediticio público

Artículo 44

1. Todo grupo de trabajadores tiene derecho a ejercer iniciativas empresariales de economía social cooperativa, que contarán con el asesoramiento y financiación del Estado.
2. La banca pública hipotecaria, comercial, agrícola o industrial generará crédito en condiciones suficientes, asequibles y preferentes para las iniciativas empresariales de economía social cooperativa.

Cobertura por enfermedad

Artículo 45

Toda persona, independientemente de su forma de trabajo, que coyunturalmente caiga enferma y no esté operativa para el trabajo tendrá derecho a una cobertura por enfermedad durante el tiempo que dure dicho tracto transitorio, y que se corresponderá con el cien por cien de su salario total el primer año y con un mínimo del setenta y cinco por ciento del salario total a partir del segundo año de convalecencia. Todo el sistema de bajas laborales estará controlado y certificado desde el correspondiente instituto de previsión y seguridad social.

Permisos de paternidad y maternidad

Artículo 46

Toda persona heterosexual o LGBTI sola, o uno de los miembros de una familia de varios integrantes heterosexual o LGBTI, que decidan tener o adoptar un niño tendrá derecho a permisos remunerados de maternidad o paternidad, que podrán comenzar a ser contabilizadas con anterioridad al propio parto de forma ininterrumpida.

Conciliación entre vida laboral y familiar

Artículo 47

1. Todo trabajador tiene derecho a un régimen laboral con servicios, infraestructuras y horarios de trabajo compatibles con sus necesidades de cuidado humano y que favorezca la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y las obligaciones familiares.

2. Cuando un trabajador o trabajadora no disponga de otras opciones, se le proveerá de servicio de cuidado infantil o de atención a las personas con discapacidad o dependientes que estén a su cargo, para que la persona trabajadora pueda desempeñar sus actividades laborales.

Viudedad

Artículo 48

Toda persona tiene derecho a una pensión de viudez siempre y cuando no sea beneficiario de otra prestación previsoría, siendo posible optar por una de las dos prestaciones. La viudedad tendrá idéntico monto que la prestación por jubilación de la persona fallecida.

Orfandad

Artículo 49

Toda persona menor de edad tendrá derecho a una pensión de orfandad parcial o total, ya fuere por fallecimiento de uno o de ambos progenitores.

Personas en condición de desvalimiento por circunstancias excepcionalmente sobrevenidas: mujeres en circunstancias de maltrato o explotación sexual, drogodependientes e indigentes

Artículo 50

Toda persona que se encuentre en condición de desvalimiento por circunstancias excepcionalmente sobrevenidas tendrá derecho a acogida social en residencia pública o concertada. De forma particular aquellas mujeres en circunstancia de maltrato o explotación sexual, así como drogodependientes e indigentes.

Personas en situación de dependencia

Artículo 51

1. Toda persona en situación de dependencia tendrá derecho a recibir apoyo social y económico en función de su grado de intensidad. El apoyo social y económico siempre estará relacionado con la propia situación económica y patrimonial, tanto individual como familiar.
2. Toda persona al que se le haya reconocido un grado de dependencia absoluto tendrá derecho a acogida social en una residencia pública terapéutica especial, ya sea en régimen público o en régimen de concierto.

Cuidado de personas adultas mayores

Artículo 52

Toda persona adulta mayor tendrá derecho a acogida social en geriátricos públicos o de concierto público, cuando su situación de desvalimiento así lo requiera.

Personas con discapacidades físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo

Artículo 53

Todas las personas con discapacidades físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, tienen derecho a vivir de la forma más independiente posible y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Para ello debe garantizárseles protección social; una vivienda adaptada a sus necesidades; el acceso a un trabajo adecuado a sus capacidades, libremente elegido y en un entorno laboral inclusivo; la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta; las medidas pertinentes para asegurar su acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales; así como todas aquellas otras medidas necesarias que les permitan acceder a todos los derechos reconocidos en esta Convención en igualdad de condiciones que el resto de personas.

Servicios públicos de comunicación esencial

Artículo 54

Toda persona tendrá derecho a un suministro de servicio público de telecomunicación esencial (telefonía fija, telefonía celular, internet) que sea universal, eficaz y de coste asequible, cuyo precio nunca podrá subir respecto a los indicadores de precios al consumo. Sus tarifas máximas serán establecidas directamente por el Estado bajo una lógica de inversión en capital social y capital industrial y no bajo una lógica de ganancia.

Consumidores y usuarios

Artículo 55

Los usuarios, usuarias, consumidores y consumidoras tendrán derecho a un consumo seguro, de calidad, fiable, exacto y sostenible, así como a la información

fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen, incluidos los financieros y los de comercio electrónico.

Derecho a un ambiente sano y saludable

Artículo 56

1. Todas las personas tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente protegido y equilibrado, libre de cualquier forma de contaminación que implique daños o molestias graves para la salud de las personas.
2. Los modelos de ordenación territorial y crecimiento urbanístico deberán ser modelos sostenibles y respetuosos con el territorio.

Libre determinación de los pueblos y naciones indígenas, cultura, tradiciones e historia y pluralismo jurídico

Artículo 57

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación como pueblos autónomos y al autogobierno de acuerdo con su diseño organizativo político, social, económico y cultural.
2. Los pueblos indígenas tendrán derecho a que su cultura, tradiciones e historia sean respetadas, protegidas y promovidas por el Estado como enriquecedoras del acervo del Estado. De la misma forma serán también promovidas las indumentarias tradicionales, el folclore y otras formas externas de visualización étnico-cultural.
3. Las naciones y pueblos indígenas ejercerán sus funciones jurisdiccionales a través de sus autoridades y aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.
4. Los sistemas jurídicos indígenas serán respetados y reconocidos por los diferentes Estados como partes integrantes y autónomas del sistema jurídico estatal. Las decisiones de la justicia indígena no son revisables por la justicia ordinaria.

Demarcación territorial de los pueblos y naciones indígenas

Artículo 58

Los pueblos indígenas tendrán derecho a una demarcación de frontera natural dentro del territorio del propio Estado. No obstante los diferentes pueblos indígenas tendrán derecho a establecer espacios de auto-organización

continuados a modo de mancomunidades de gobierno, traspasando las fronteras de diferentes Estados cuando estas separen a entidades indígenas similares o distintas.

Derecho al patrimonio cultural y propiedad intelectual colectiva de los pueblos y naciones indígenas

Artículo 59

Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento, posesión, propiedad y protección del patrimonio cultural y de la propiedad intelectual colectiva. Comprende todo su sistema de conocimiento tradicional en su configuración material e inmaterial, así como todo el conjunto de elementos culturales y científicos de presente desde el conjunto arqueológico al sistema de biodiversidad en su totalidad.

Derechos de la naturaleza

Artículo 60

1. La naturaleza tiene derecho a preservar de forma integral su existencia, desarrollo y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.
2. La naturaleza tendrá derecho a la restauración por cualquier daño ocasionado en el pasado y a medidas de prevención a futuro de mutación de ciclos biológicos, daño a ecosistemas y extinción de especies ya sean zoológicas o botánicas.
3. Los Estados aplicarán medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. El Estado y los particulares tendrán la obligación de crear las condiciones para avanzar en la eliminación gradual de la contaminación, garantizar el respeto, protección y regeneración de los componentes, zonas y sistemas de vida de la naturaleza, promover una transformación de los patrones de producción y hábitos de consumo y la recuperación y reutilización de los materiales y energías contenidos en los residuos.
4. Las personas, comunidades, colectivos, pueblos y naciones tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales en armonía y equilibrio con la naturaleza.

Derecho a la seguridad nacional económica comercial

Artículo 61

1. Ningún convenio o tratado internacional comercial podrá contener mecanismos o elementos que puedan tener como resultado un balance de encarecimiento del coste del bloque de productos objeto del mismo, y que en ningún caso podrán afectar a aquellos productos considerados de canasta básica.
2. Tampoco ningún tratado o convenio internacional comercial podrá conllevar la depauperación crónica de los sectores productivos sujetos a dichas relaciones comerciales internacionales.
3. La aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no podrá menoscabar, directa o indirectamente, ninguno de los derechos u objetivos reconocidos en esta Convención.

Derecho a la paz

Artículo 62

1. Todas las personas y todas las sociedades tienen derecho a la paz, como requisito primordial e imprescindible para el disfrute de todos los derechos humanos.
2. Los Estados promoverán una cultura de la paz, habilitando, cuando sea necesario, aquellos mecanismos que prevengan, desactiven y anulen los conflictos armados y favorezcan la cooperación pacífica entre ellos.

PARTE III: ÓRGANOS DE GARANTÍA Y FUNCIONAMIENTO

Órganos que integran el Sistema

Artículo 63

Son órganos de garantía y funcionamiento la Corte de Derechos Humanos, la Comisión y los Comités de Apoyo y Seguimiento. Todos ellos se regirán por los principios de independencia e imparcialidad de sus miembros, autonomía organizativa, suficiencia financiera y pleno sometimiento a los principios de Derecho Internacional, la presente Convención y a las normas de desarrollo que se dicten para regular su organización y funcionamiento.

CAPÍTULO PRIMERO: LA CORTE DE DERECHOS HUMANOS

Composición de la Corte de Derechos Humanos

Artículo 64

1. La Corte de Derechos Humanos es el órgano superior de interpretación, aplicación y garantía de la presente Convención. Funcionará de forma permanente y sus decisiones, salvo las exclusivamente consultivas, serán de obligado cumplimiento en todos sus extremos para los Estados que hayan ratificado su competencia contenciosa y la obligatoriedad de sus sentencias establecidas en la presente Convención.
2. La Corte de Derechos Humanos estará conformada por tantos magistrados como Estados hayan ratificado su competencia contenciosa y la obligatoriedad de sus sentencias establecidas en la presente Convención, elegidos a título personal por un periodo de seis años renovable por un único periodo adicional subsiguiente.
3. Los magistrados deberán ser nacionales del Estado que los propone, juristas de reconocido prestigio con una experiencia profesional probada en el ámbito de la enseñanza, la defensa y la aplicación de los derechos humanos y los derechos fundamentales de al menos diez años, que cumplan los requisitos exigidos en la legislación interna del Estado proponente para el ejercicio de las más altas funciones judiciales y que ofrezcan garantías de imparcialidad e independencia.
4. Los magistrados serán elegidos por [...] (el órgano depende de la organización internacional en la que el Sistema se inserte) de entre una terna de candidatos presentada por los Estados establecidos en el apartado 2. Al expediente se acompañará el currículum profesional de cada uno de los candidatos, su experiencia profesional probada a efectos del apartado 3 y los informes que hayan presentado las organizaciones de la sociedad civil destacadas en la defensa y promoción de los derechos humanos, sobre la independencia e imparcialidad de los candidatos.
5. Los jueces gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos. Durante el ejercicio de sus funciones, gozan además de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus cargos.
6. Durante su mandato, los jueces no podrán ejercer ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria para una actividad ejercida a tiempo completo: cualquier cuestión que se suscite en torno a la aplicación de este párrafo será dirimida por el Tribunal.

Competencia y funciones de la Corte de Derechos Humanos

Artículo 65

La Corte de derechos Humanos tiene competencia para:

- a) Interpretar y aplicar la presente Convención.
- b) Conocer las demandas que se le presenten por violación de los derechos humanos contenidos en esta Convención contra los Estados que han ratificado su competencia contenciosa y la obligatoriedad de sus sentencias.
- c) Decidir sobre la admisibilidad de las mismas, ordenando su archivo en el caso de que no sean admisibles.
- d) Decidir sobre el recurso extraordinario de la Comisión contra las decisiones de rechazar la admisión o de remisión del caso de las Secciones.
- e) Decidir de forma definitiva sobre la adopción de medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, sobre el fondo, la responsabilidad del Estado en su caso y las reparaciones necesarias para el restablecimiento del ejercicio del derecho humano vulnerado, la cesación de la violación y las garantías de no repetición pertinentes.
- f) Responder las cuestiones consultivas que le remitan los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros establecidos en el artículo 65.2.
- g) Solicitar los informes y actos de apoyo establecidos en la presente Convención a la Comisión y a los Comités de Apoyo y Seguimiento.
- h) Aprobar y reformar su reglamento de organización y funcionamiento.
- i) Decidir sobre las cuestiones disciplinarias en que incurran los miembros de la Corte, así como sobre la separación de los magistrados y las magistradas de sus funciones por incumplimiento de las incompatibilidades señaladas en el apartado 6 del artículo anterior.
- j) La convocatoria y resolución del concurso de méritos para la selección de los integrantes del Comité de Seguimiento al Cumplimiento de las Decisiones de la Corte de Derechos Humanos.

Formaciones de la Corte de Derechos Humanos

Artículo 66

1. La Corte de Derechos Humanos funcionará en secciones, en Salas, en Gran Sala y en Pleno.
2. Las Secciones estarán formadas por dos magistrados y ejercerán las funciones establecidas en el apartado b) del artículo anterior, remitiendo los

casos admitidos para su decisión definitiva a las Salas o a la Gran Sala según lo establecido en este artículo.

3. Las Salas estarán compuestas por cinco magistrados y ejercerán las funciones establecidas en los apartados c) y e) del artículo anterior, las establecidas en su apartado d) cuando los casos remitidos por las Secciones requieran la aplicación de una doctrina consolidada en el sistema universal o interamericano o la disputa verse fundamentalmente sobre la determinación de los hechos, así como las establecidas en el apartado b) cuando no exista acuerdo en la Sección.
4. La Gran Sala estará compuesta por nueve magistrados y ejercerá las funciones establecidas en el apartado d) del artículo anterior cuando los casos remitidos por las Secciones no puedan resolverse mediante la aplicación de una doctrina consolidada, cuando se plantee una interpretación extensiva o novedosa de los derechos involucrados, cuando la violación del derecho humano se derive de normas con rango de ley que pueden resultar contrarias a la presente Convención o cuando se trate de un caso que, por incidir en patrones estructurales de violación de los derechos humanos en la región a juicio de la Comisión, requieran un pronunciamiento destinado a convertirse en referente. También responderá las opiniones consultivas remitidas por los Estados partes o la Comisión salvo que, por la trascendencia o gravedad del caso, el Pleno lo reclame para sí.
5. El Pleno es la máxima instancia de decisión de la Corte de Derechos Humanos. Ejercerá las funciones establecidas en los apartados g), h), i) y j) del artículo anterior, adoptará las decisiones en materia de organización y funcionamiento y podrá ejercer las funciones establecidas en el apartado d) del artículo anterior cuando, de forma extraordinaria y por la trascendencia o gravedad del caso, así lo decida.
6. Cada tres años, el Pleno elegirá al Presidente de la Corte de Derechos Humanos y conformará las Secciones, las Salas y la Gran Sala según los criterios rotatorios que se establezcan en el Reglamento de organización y funcionamiento. En todo caso, el Presidente de la Corte será también Presidente de la Gran Sala.
7. Las funciones establecidas en el apartado f) del artículo anterior podrán ser ejercidas por las distintas formaciones de la Corte en ejercicio de la competencia atribuida en este artículo.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA COMISIÓN

Composición de la Comisión

Artículo 67

1. La Comisión es el órgano superior de promoción del cumplimiento, respeto y conocimiento de los derechos humanos. Funcionará de forma permanente y colegiada. Los Estados están obligados a atender sus requerimientos de información según el principio de leal colaboración.
2. La Comisión está compuesta por nueve miembros elegidos por [...] (el órgano depende de la organización internacional en la que el Sistema se inserte), entre candidatos y candidatas de reconocido prestigio y competencia, con al menos diez años de experiencia probada en la enseñanza, promoción y defensa de los derechos humanos, y que ofrezcan garantías de independencia e imparcialidad, según las siguientes normas:
 - a) Siete miembros serán elegidos entre los candidatos y candidatas presentados por los Estados, a razón de un candidato o candidata por Estado que puede ser nacional de un Estado distinto del que lo propone;
 - b) Un miembro será elegido entre los candidatos y candidatas presentados por organizaciones de la sociedad civil destacadas en la promoción y defensa de los derechos humanos, a razón de un candidato o candidata por organización o grupo de organizaciones;
 - c) Un miembro será elegido entre los candidatos y candidatas presentados por las facultades de derecho de las universidades de los Estados, a razón de un candidato o candidata por universidad o grupo de universidades;
 - d) No podrán elegirse dos miembros de la misma nacionalidad.
3. Los comisarios y comisarias ejercerán sus funciones por un periodo de cuatro años renovable por un único periodo adicional subsiguiente y gozarán, en el ejercicio de su mandato, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus cargos.
4. Durante su mandato, las comisarias y comisarios no podrán ejercer ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria para una actividad ejercida a tiempo completo: cualquier cuestión que se suscite en torno a la aplicación de este párrafo será dirimida por la Comisión.

Funciones de la Comisión

Artículo 68

La Comisión ejercerá las siguientes funciones:

- a) Durante su primer periodo, la Comisión elaborará un sistema de indicadores objetivos de cumplimiento de los derechos humanos en la región, que deberá abordar tres áreas de impacto: 1. Legislación, implementación de políticas y garantía de derechos en el interior de los Estados; 2. Política exterior del Estado y actividad productiva y comercial de las empresas públicas y privadas de cada uno de los Estados fuera de su territorio; 3. Impactos de la inversión extranjera directa sobre los derechos humanos en el interior de los Estados.

El sistema de indicadores objetivos de cumplimiento de los derechos humanos deberá ser aprobado por [...] *(el órgano depende de la organización internacional en la que el Sistema se inserte)*. La propuesta de reforma de este sistema corresponderá exclusivamente a la Comisión, de conformidad con la evolución del cumplimiento de los derechos humanos en la región y sus necesidades.

Este sistema de indicadores elaborado por la Comisión deberá ser utilizado por las Oficinas Nacionales en cada uno de los Estados para la elaboración de un informe anual por países sobre la protección de los derechos humanos.

- b) Evaluación anual del estado, avances y retrocesos de la protección de los derechos humanos en la región a partir de las informaciones aportadas por los Estados, las organizaciones de la sociedad civil y los Informes anuales por países elaborados por las Oficinas Nacionales de la Comisión. Esta evaluación formará parte del Informe anual que la Comisión presentará ante [...] *(el órgano depende de la organización internacional en la que el Sistema se inserte)*.
- c) Establecimiento al inicio y al final de cada periodo de la Comisión de los problemas estructurales de la región en materia de cumplimiento y protección de los derechos humanos, así como de los avances y retrocesos que se han producido durante el periodo evaluado.
- d) La emisión de informes especiales sobre la situación de los derechos humanos en uno o más países de la región en los siguientes supuestos: 1. Una violación grave de los derechos previstos en la Convención de Derechos Humanos; 2. Cuando un gobierno democráticamente constituido fuera derrocado por la fuerza o el gobierno actual haya llegado al poder por otros medios distintos a los establecidos en la Constitución

democráticamente establecida en el país; 3. Cuando los niveles de desigualdad social y pobreza de una cantidad importante de población supere los límites estándar fijados por la Organización de Naciones Unidas; 4. Suspensión ilegítima, total o parcial, del libre ejercicio de los derechos garantizados en la Convención de Derechos Humanos, en razón de la imposición de medidas excepcionales tales como la declaratoria de un estado de emergencia, de un estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales, o medidas excepcionales de seguridad; 5. Violaciones sistemáticas de derechos humanos atribuibles al Estado en el marco de un conflicto armado interno; 6. Ejecución de proyectos de explotación de recursos naturales, de construcción de infraestructuras u otras actividades cuyo impacto ambiental pueda poner en grave riesgo derechos incluidos en la Convención de Derechos Humanos; 7. Incumplimiento sistemático del Estado con su obligación de combatir los actos de impunidad y corrupción; 8. Graves crisis institucionales que infrinjan el disfrute de derechos humanos; 9. Omisiones graves en la adopción de disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos o para cumplir las decisiones de la Corte de Derechos Humanos.

Estos informes especiales se incluirán en el Informe anual que la Comisión presentará ante [...] (*el órgano depende de la organización internacional en la que el Sistema se inserte*).

- e) Participación activa en los procesos de solución amistosa de las demandas presentadas ante la Corte de Derechos Humanos, fomentando el intercambio entre las partes, formulando propuestas y emitiendo un informe sobre el proceso para el conocimiento de la Corte de Derechos Humanos. La Comisión realizará también el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos amistosos, pudiendo solicitar la reapertura de la tramitación de la demanda ante la Corte de Derechos Humanos en caso de incumplimiento por parte del Estado.
- f) Prestación de asistencia técnica y colaboración a petición de las autoridades gubernativas, judiciales o parlamentarias de los Estados sobre materias concretas destinadas a mejorar el cumplimiento y la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional.
- g) Apoyo a la labor de la Corte de Derechos Humanos mediante la emisión de los informes, actos, recursos y peticiones establecidos en la presente Convención.
- h) Proponer la creación de nuevos Comités de Apoyo y Seguimiento.
- i) Aprobar el Plan anual de actividades de las Oficinas Nacionales y de los Comités de Apoyo y Seguimiento en lo que al auxilio en las funciones de la Comisión se refiere.

- j) Aprobar y reformar su reglamento de organización y funcionamiento, elegir a su Presidente y establecer el reparto interno de funciones más adecuado para el efectivo cumplimiento de sus funciones.
- k) Decidir sobre las cuestiones disciplinarias en que incurran sus miembros, así como sobre la suspensión o separación de los comisarios y las comisarias de sus funciones por incumplimiento de sus obligaciones o de las incompatibilidades señaladas en el apartado 4 del artículo anterior.
- l) La convocatoria y resolución del concurso de méritos para la selección de los integrantes de los Comités distintos del Comité de Seguimiento al Cumplimiento de las Decisiones de la Corte de Derechos Humanos.
- m) Presidir las reuniones de coordinación de los directores o directoras de Comités de Apoyo y Seguimiento.

Funcionamiento de la Comisión

Artículo 69

1. Para el auxilio en sus funciones, la Comisión contará con una Oficina Nacional en cada uno de los Estados y con los Comités de Apoyo y Seguimiento.
2. La Comisión podrá realizar un reparto de responsabilidades entre los comisarios y comisarias que la integran, si bien la aprobación de los documentos a que se refieren las funciones establecidas en los apartados a), b), c), g), h), i) y j), así como la solicitud de reapertura del procedimiento ante la Corte por incumplimiento del acuerdo amistoso a efectos de apartado d), del artículo anterior corresponderán a la Comisión reunida en Pleno.
3. Los comisarios y comisarias tendrán a su cargo la supervisión y dirección de una o varias Oficinas Nacionales distintas del Estado de su nacionalidad, así como de uno o varios Comités de Apoyo y Seguimiento cuando ejerzan funciones de auxilio a la actividad de la Comisión.
4. Corresponde al Pleno la dirección de la Comisión. El Presidente tendrá funciones de coordinación e impulso de la actividad de la Comisión.

CAPÍTULO III: COMITÉS DE APOYO Y SEGUIMIENTO

Composición de los Comités de Apoyo y Seguimiento

Artículo 70

1. Los Comités de Apoyo y Seguimiento son órganos de auxilio de la Corte y la Comisión en el ejercicio de sus funciones en áreas especializadas,

- especialmente sensibles o que requieran refuerzo para la protección y cumplimiento de los derechos humanos.
2. Los Comités de Apoyo y Seguimiento se crearán por [...] *(el órgano depende de la organización internacional en la que el Sistema se inserte)* a propuesta de la Comisión sustentada en las necesidades de apoyo para el cumplimiento eficaz de las funciones atribuidas por esta Convención a la Corte y la Comisión. En todo caso existirá un Comité de Seguimiento al Cumplimiento de las Decisiones de la Corte de Derechos Humanos, un Comité de Derechos de las Personas y Comunidades Indígenas y Afroamericanas, un Comité de Igualdad, un Comité de Acceso a la Justicia y un Comité de Personas Especialmente Vulnerables.
 3. Los Comités de Apoyo y Seguimiento estarán integrados por técnicos especialistas en la materia objeto de actividad del Comité, seleccionados por la Comisión mediante concurso de méritos, salvo en el caso del Comité de Seguimiento al Cumplimiento de las Decisiones de la Corte de Derechos Humanos, que serán seleccionados mediante concurso convocado y resuelto por la Corte.
 4. Cada Comité contará con un director o directora nombrado por [...] *(el órgano depende de la organización internacional en la que el Sistema se inserte)* a propuesta de la Comisión y, en el caso del Comité de Seguimiento al Cumplimiento de las Decisiones de la Corte de Derechos Humanos, por la Corte.
 5. La coordinación de la actividad de los Comités de Apoyo y Seguimiento se realizará mediante la reunión de sus directores presidida por un miembro de la Comisión.

Funciones de los Comités de Apoyo y Seguimiento

Artículo 71

1. Los Comités de Apoyo y Seguimiento tendrán las siguientes funciones generales:
 - a) Emitir informes técnicos sobre las materias objeto de su actividad a requerimiento de la Comisión y de la Corte;
 - b) Realizar actividades de investigación y análisis para establecer la situación y la evolución del cumplimiento y protección de los derechos humanos objeto de su actividad;
 - c) Recabar, por conducto de la Comisión, información necesaria para la realización de sus actividades a las autoridades de los Estados o a las Oficinas Nacionales de la Comisión;

- d) Aprobar sus reglamentos de organización y funcionamiento en la reunión de coordinación de directores y directoras de Comités con el visto bueno de la Comisión y, en el caso del del Comité de Seguimiento al Cumplimiento de las Decisiones de la Corte de Derechos Humanos, de la Corte;
 - e) Solicitar a la Comisión o, en su caso, a la Corte la convocatoria de concursos de méritos para suplir las vacantes o para fortalecer su acción en áreas que no estén convenientemente cubiertas.
2. En los casos que involucren autoridades indígenas, pluralismo jurídico y derechos especiales de personas indígenas o afrodescendientes, será preceptivo que el Comité de Derechos de las Personas y Comunidades Indígenas y Afroamericanas emita un informe sobre los aspectos especiales de carácter jurídico, cultural o antropológico que deberá ser tenido en cuenta por la Corte para decidir. A estos efectos, la Corte dará traslado de las actuaciones al Comité que nombrará a uno de sus miembros para que asista a las audiencias públicas.
 3. En los casos en que en la demanda se alegue la imposibilidad material de agotar los recursos previstos en la legislación interna, la Sección remitirá las actuaciones al Comité de Acceso a la Justicia para que emita un informe que deberá ser tenido en cuenta para decidir la admisión o no de la demanda. También será preceptivo un informe de este comité en la fase decisoria sobre la situación del acceso a la Justicia en el Estado, cuando en la demanda se alegue la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.
 4. En los casos que involucren derechos de las mujeres, de la población LGBTI o en los que la Comisión haya señalado en su informe la incidencia del caso en un patrón estructural de discriminación de un grupo tradicionalmente afectado, será preceptiva la emisión de un informe por parte del Comité de Igualdad que deberá señalar el impacto de género o sobre otros patrones materiales, sociales o culturales de discriminación, tanto de las actuaciones del Estado impugnadas, como de la decisión de la Corte. Ésta tendrá en cuenta el informe para decidir.
 5. El Comité de Personas Especialmente Vulnerables puede presentar demandas ante la Corte en nombre de las presuntas víctimas cuando la falta de recursos u otras circunstancias suficientes las impidan gozar de la representación y asistencia técnica oportuna. En este caso, solicitará a la Corte que reconozca al Comité la representación y asistencia técnica en el proceso, lo que decidirá la Sección, o en su caso la Sala, al tiempo de resolver sobre la admisión de la demanda. Si se reconoce la representación y asistencia del Comité, éste nombrará a un miembro que no podrá

participar en ningún informe que involucre al Estado parte hasta tanto el caso haya quedado visto para Sentencia.

CAPÍTULO IV: LOS INFORMES

Informes por países

Artículo 72

Este sistema de indicadores elaborado por la Comisión deberá ser utilizado por las Oficinas Nacionales en cada uno de los Estados para la elaboración de un informe anual por países sobre la protección de los derechos humanos.

Informe anual

Artículo 73

La Comisión rendirá un informe anual al [...] *(el órgano depende de la organización internacional en la que el Sistema se inserte)* que incluirá las labores realizadas y una evaluación del estado, avances y retrocesos de la protección de los derechos humanos en la región realizada a partir de las informaciones aportadas por los Estados, las organizaciones de la sociedad civil y los Informes anuales por países elaborados por las Oficinas Nacionales de la Comisión.

Informes temáticos

Artículo 74

Cada uno de los Comités de Apoyo y Seguimiento rendirá un informe anual escrito a la Comisión sobre las labores realizadas y donde se incorporará un análisis por Estados del cumplimiento y protección de los derechos humanos objeto de su actividad. En el caso del Comité de Seguimiento al Cumplimiento de las Decisiones de la Corte de Derechos Humanos, el análisis por países será relativo al estado y la evolución del cumplimiento de las decisiones de la Corte, así como de la satisfacción de las reparaciones establecidas en sus sentencias.

Informes especiales

Artículo 75

La Comisión podrá elaborar informes especiales sobre la situación de los derechos humanos en uno o más países de la región en los siguientes supuestos: 1. Cuando se de una violación grave de los derechos previstos en la

Convención de Derechos Humanos; 2. Cuando un gobierno democráticamente constituido fuera derrocado por la fuerza o el gobierno actual haya llegado al poder por otros medios distintos a los establecidos en la Constitución democráticamente establecida en el país; 3. Cuando los niveles de desigualdad social y pobreza de una cantidad importante de población supere los límites estándar fijados por la Organización de Naciones Unidas; 4. Suspensión ilegítima, total o parcial, del libre ejercicio de los derechos garantizados en la Convención de Derechos Humanos, en razón de la imposición de medidas excepcionales tales como la declaratoria de un estado de emergencia, de un estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales, o medidas excepcionales de seguridad; 5. Violaciones sistemáticas de derechos humanos atribuibles al Estado en el marco de un conflicto armado interno; 6. Ejecución de proyectos de explotación de recursos naturales, de construcción de infraestructuras u otras actividades cuyo impacto ambiental pueda poner en grave riesgo derechos incluidos en la Convención de Derechos Humanos; 7. Incumplimiento sistemático del Estado con su obligación de combatir los actos de impunidad y corrupción; 8. Graves crisis institucionales que infrinjan el disfrute de derechos humanos; 9. Omisiones graves en la adopción de disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos o para cumplir las decisiones de la Corte de Derechos Humanos.

Estos informes especiales se incluirán en el Informe anual que la Comisión presentará ante [...] *(el órgano depende de la organización internacional en la que el Sistema se inserte)*.

Informes de los Estados Miembros

Artículo 76

Los Estados Partes se comprometen a presentar informes anuales sobre las medidas que hayan adoptado, las dificultades y los progresos realizados con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en la Convención. La Comisión podrá formular las observaciones y recomendaciones oportunas a los Estados, iniciando un diálogo constructivo con los Estados e instándoles al cumplimiento de los derechos de la Convención.

Otros informes

Artículo 77

La Comisión y los Comités de Apoyo y Seguimiento podrán preparar aquellos otros estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones, y los publicarán del modo que juzgue oportuno.

CAPÍTULO V: EL PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE DE DERECHOS HUMANOS

Competencia

Artículo 78

1. Pueden presentar demandas ante la Corte por vulneración de los derechos humanos contenidos en la presente Convención:
 - a) Los Estados que hayan ratificado su competencia contenciosa y la obligatoriedad de sus sentencias, contra otros Estados que también así lo hayan hecho;
 - b) Cualquier persona, grupo de personas u organización de la sociedad civil en uno o más Estados parte, contra Estados que hayan ratificado su competencia contenciosa y la obligatoriedad de sus sentencias;
 - c) Cualquier persona, grupo de personas u organización de la sociedad civil en uno o más Estados no parte, contra Estados parte que operando mediante personas jurídicas públicas fuera de su territorio puedan vulnerar derechos;
 - d) Los ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte que hayan ratificado la competencia contenciosa de la Corte y la obligatoriedad de sus sentencias, estarán jurídicamente obligados a respetar los derechos establecidos en la Convención. Los sujetos con legitimidad activa descritos en los apartados a) b) y c) podrán presentar demanda contra éstos cuando operando en el interior de un Estado parte o fuera de él puedan vulnerar derechos.
Las demandas se decidirán por Sentencia que será obligatoria en todos sus extremos para los Estados que hayan ratificado la competencia contenciosa de la Corte.
2. Pueden solicitar opiniones consultivas a la Corte sobre la interpretación de esta Convención o de otros tratados internacionales que se adopten dentro del Sistema, sobre las obligaciones que de ellos se derivan o sobre la compatibilidad de sus normas internas con los instrumentos internacionales mencionados, todos los Estados parte (o miembros de la organización en la que el sistema propuesto se inserte).
3. Pueden plantear cuestiones consultivas a la Corte los Tribunales Constitucionales y los órganos jurisdiccionales que pongan fin al procedimiento interno de recursos de los Estados parte.

Ratificación

Artículo 79

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 y aplicación de la presente Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos, pero en todo caso implicará el reconocimiento del carácter obligatorio de las Sentencias de la Corte. Deberá ser presentada al [...] (órgano que corresponda según sea la organización internacional en la que se inserte el estado propuesto).

Sección primera: De las demandas

Admisibilidad y contenido de la demanda

Artículo 80

1. Las personas, Estados y organizaciones contempladas en el apartado 1 del artículo 79 podrán presentar demandas contra acciones u omisiones de los Estados parte y ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en un Estado parte que incumplan las obligaciones establecidas en esta Convención y violen, impidan, menoscaben o dificulten ilegítimamente el disfrute y ejercicio de los derechos humanos en ella contemplados o el acceso a los bienes que protegen.
2. La demanda será admisible siempre que:
 - a) Se hayan intentado y agotado todos los recursos eficaces para su protección establecidos por la legislación interna, siempre que tales recursos existan, la presunta víctima estuviera en condiciones de hacer uso de ellos y no se haya producido un retardo injustificado en su decisión;
 - b) Se haya presentado en el plazo de seis meses contados desde la efectiva notificación de la decisión definitiva;
 - c) El objeto de la demanda no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional;
 - d) Conste en el escrito de demanda el derecho o derechos que se considera que han sido vulnerados y las acciones u omisiones del Estado y sus agentes de las que se desprende la vulneración;

- e) En el caso de las demandas presentadas por personas, grupos de personas u organizaciones de la sociedad civil, conste en el escrito el nombre, nacionalidad, documento de identificación y domicilio a efectos de notificaciones de la persona o personas que presentan la demanda o del representante de la organización de la sociedad civil.
3. La Sección de la Corte declarará inadmisibles las demandas que incumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior, resulten manifiestamente infundadas, improcedentes o sean la reproducción sustancial de otras demandas que ya fueron examinadas por la Corte u otro organismo internacional de protección de los derechos humanos. En caso de no existir acuerdo en la Sección, remitirá el caso a la Sala correspondiente para que decida sobre su admisión.
4. Respecto al requisito establecido en la letra a) del apartado 2, en el caso de que los demandantes aleguen la imposibilidad material de agotar los recursos previstos en la legislación interna, la Sección remitirá las actuaciones al Comité de Acceso a la Justicia para que, en el plazo de un mes, emita un informe que deberá ser tenido en cuenta para decidir la admisión o no de la demanda.
5. Respecto al requisito establecido en la letra d) del apartado 2, aunque los hechos presentados se consideren inidóneos para vulnerar los derechos alegados, la Sección deberá examinar de oficio si tales hechos pueden vulnerar otros derechos establecidos por la Convención y, en caso afirmativo, admitirá la demanda por violación de esos derechos.
6. Respecto a los requisitos formales establecidos en la letra e) del apartado 2, si la Sección considera que la ausencia de alguno de los datos se debe a un error material, y se cumplen el resto de requisitos de admisibilidad, admitirá la demanda de forma condicionada a su subsanación en la siguiente fase del procedimiento.

Procedimiento de admisión

Artículo 81

1. Una vez que la Sección reciba una demanda, remitirá copia a la parte demandada y solicitará a la Comisión que emita, en el plazo de un mes, un informe sobre la relevancia del caso, su incidencia en patrones estructurales de violación de los derechos humanos en la región y la conveniencia de que la Gran Sala se pronuncie sobre el mismo.
2. Rechazada una demanda, la Sección comunicará su decisión a las partes y a la Comisión, y ordenará el archivo del procedimiento.

3. Admitida una demanda, la Sección comunicará su decisión a las partes y a la Comisión. En el mismo escrito de admisión de la demanda, la Sección remitirá el caso a la Sala correspondiente o a la Gran Sala, conforme a las normas de competencia establecidas en el art 67.
4. Con carácter excepcional, la Comisión podrá recurrir la decisión de la Sección de inadmitir una demanda o de remitirla a la Sala, siempre que en su informe se haya puesto de manifiesto la relevancia del caso, su incidencia en patrones estructurales de violación de los derechos humanos en la región, se haya recomendado el pronunciamiento por la Gran Sala y se considere que la inadmisión o la remisión a la Sala puede causar un grave daño al sistema de protección de los derechos humanos establecido en la presente Convención.

Substanciación

Artículo 82

1. Recibida una demanda por la Sala o la Gran Sala, en el plazo improrrogable de dos meses la parte demandada presentará por escrito las alegaciones que sustentan su posición, sus pretensiones y, en su caso, las pruebas que propone practicar. La Corte se pronunciará sobre la admisión o no de las pruebas y dará traslado a la parte demandada para que, en el plazo improrrogable de dos meses, presente sus alegaciones y, en su caso, las pruebas de descargo que pretende practicar y sobre cuya admisión se pronunciará la Corte.
2. En cualquier estado de la causa la Corte podrá ordenar diligencias probatorias de oficio.
3. En interés de la buena administración de justicia, el Presidente de la Sala o de la Gran Sala podrá invitar a cualquier Estado parte o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito.
4. En cualquier momento del procedimiento la Corte podrá archivar una demanda si comprueba que el demandante no está dispuesto a mantenerla, que el litigio ha sido resuelto, que el demandado acepta los hechos o que se allana, total o parcialmente, a las pretensiones de los demandantes, siempre y cuando su continuación no sea una exigencia del respeto a los derechos humanos contenidos en esta Convención.

Sentencia

Artículo 83

1. El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. Los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte o, en caso de que el demandado haya

sido un ciudadano, persona jurídica, grupos u organizaciones privadas con nacionalidad o sede en su territorio, a garantizar el cumplimiento de la decisión por parte de éste.

2. La sentencia de la Corte contendrá la determinación de los hechos, los fundamentos de derecho, la decisión sobre el caso y el pronunciamiento sobre reparaciones y costas, si procede.
3. Todo juez que haya participado en el proceso podrá unir a la sentencia su voto concurrente o disidente, que deberá ser razonado.
4. En el plazo de noventa días desde la comunicación del fallo, las partes podrán solicitar a la Corte interpretación sobre el sentido o el alcance del fallo.
5. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria de podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado.
6. La sentencia de la Corte será notificada a las partes en el caso, a la Comisión y transmitido a los Estados partes en la Convención.

Supervisión del cumplimiento de las sentencias

Artículo 84

Recibido el informe anual sobre el estado de cumplimiento de las sentencias por cada Estado parte del Comité de Seguimiento al Cumplimiento de las Decisiones de la Corte de Derechos Humanos, la Corte determinará el estado de cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes, que pueden incluir ulteriores condenas al Estado por incumplimiento de la obligación contenida en el apartado 1 del artículo anterior.

Sección segunda: De las opiniones consultivas

Artículo 85

1. Los Estados partes en la Convención y la Comisión podrán consultar a la Corte sobre la interpretación de esta Convención, de otros tratados internacionales de protección de los derechos humanos que reconozcan su competencia y sobre su compatibilidad con las disposiciones de derecho interno.
2. Las solicitudes deberán indicar las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y las preguntas específicas sobre las que se pretende obtener la opinión de la Corte.
3. Los jueces que hayan participado en la emisión de una opinión consultiva podrá unir a la decisión de la Corte su voto concurrente o disidente, que deberá ser razonado.

Sección Tercera: De las cuestiones consultivas

Artículo 86

1. Los tribunales constitucionales y los órganos de la jurisdicción ordinaria contra cuyas decisiones no quepa recurso, en los Estados partes que así lo hayan reconocido en su legislación interna, podrán plantear cuestiones consultivas a la Corte sobre el sentido y el alcance de los derechos humanos reconocidos en la presente Convención y que resulten de aplicación para el caso que están conociendo.
2. Las cuestiones consultivas serán resueltas por la Sala o la Gran Sala, según las normas de competencia establecidas en el artículo 67, y tendrán prioridad sobre cualesquiera otros casos de los que esté conociendo la Corte.
3. El juez o tribunal solicitante planteará la cuestión consultiva por escrito, especificando los derechos convencionales que resultan de aplicación al caso, las dudas específicas de interpretación sobre las que se solicita la opinión de la Corte y las consideraciones del caso.
4. La Corte de Derechos Humanos se pronunciará exclusivamente sobre las cuestiones interpretativas de su competencia conforme a las normas establecidas en esta Convención y en otros tratados internacionales de protección de los derechos humanos que reconozcan su competencia.

Bibliografía

- Abramovich, Victor, y Courtis, Christian, “La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Cantón O. y Corcuera, S. (coord.). “*Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y materiales*”, México, Porrúa, 2004.
- Añón, María José, “Fundamentos de los derechos y las necesidades básicas”. En J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*. Madrid, Tecnos, 1992.
- Bailleux, Antoine, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, Paris, éd. Bruylant, 2005.
- Beechey, Veronica, “Some notes on female wage labour in capitalism production”, *Capital and class*, No. 3, 1977.
- Bourdon, William. “Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l'homme”, *Revue de sciences criminelles*, 2005.
- Chiland, Colette, *Cambiar de sexo*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999.
- De Vega García, Pedro, “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)”, en Miguel Carbonell (coord.). *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- Dreier, Ralf, “Widerstandsrecht im Rechtsstaat”, en *Festschrift H.U.*, Berlin, Scupin, 1983.
- Eide, Absjörn. “Economic, social and cultural rights as human rights”, en Eide, Absjörn, Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*. Dordrech, Martines Nijhoff, 1995.
- Fariñas Dulce, María José. *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica-jurídica a la actitud postmoderna*, Madrid, Dyckinson, 2006.
- Gargarella, Roberto, *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2005.
- Hartmann, Heidi, "Capitalism, patriarchy an job segregation by sex", en Z.R. Eisenstein (ed.), *Capitalism patriarchy and the case for socialist feminist*, Nueva York, Monthly Review Press, 1979.
- Hernes, Helga, “El poder de las mujeres y el Estado del bienestar”, en *Vindicación Feminista*, Madrid, 1990.
- Hirst, Paul, *Associative democracy. New forms of economic and social governance*, Oxford, Oxford Polity Press, 1994.
- , *From statism to pluralism: Democracy, civil society and global politics*, Londres, UCL Press, 1997.

- Inglehart, Ronald, *El cambio cultural en las sociedades industriales avanzadas*, Madrid, CIS, 1991.
- Johnson, Norman, *El Estado de bienestar en transición. La teoría y la práctica del pluralismo de bienestar*, Madrid, Ministerio de trabajo y seguridad social, 1987.
- Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Lewis, Jane, *Women and social policies in Europe: work, family and the State*, Londres, Edward Elgar Publishing, 1993.
- Meda, Dominique, *Le temps des femmes*, Flammarion, París, 2000 (citado por: Alonso, L.E. *La crisis de la ciudadanía laboral*, *Anthropos*, Barcelona, 2007, p. 71).
- Noguera, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Pateman, Carole, *The sexual contract*, Londres, Polity Press, 1988/1995.
- Podgórecki, Adam, "Towards a sociology of Human Rights", en V. Ferrari (ed.), *Law and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for ninth century of the University of Bologna*, Milán, Giuffrè, 1991.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- , *A Theory of Justice*, Revised Edition. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- Rossi, Julieta y Abramovich, Victor, *La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos. Estudios socio-jurídicos*, No. 9, Bogotá, 2007.
- Ruiz De La Cuesta, Soledad y Bajo García, Irene, "Conciliación de la vida laboral y familiar", en *Feminismo/s*. No. 8, 2006.

Autor

Antonio de Cabo de la Vega

Licenciado y Doctor en Derecho (Premio Extraordinario) por la Universidad Complutense de Madrid. Director del Instituto Complutense de Estudios Jurídicos Críticos. Director del Grupo de Investigación "Globalización y Pensamiento Jurídico Crítico". Director de la Escuela de Verano Complutense Derechos Fundamentales y Globalización. Director de "Ágora, Revista de Ciencias Sociales". Investigador del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales. Patrono de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales. Autor de libros y artículos publicados en diferentes países. Asesor del Tribunal Supremo de Justicia y de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.

Colaboradores

Marcos Criado de Diego

Licenciado y Doctor en Derecho. Profesor Titular de la Universidad de Extremadura. Investigador y Director académico de Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales. Investigador de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales. Investigador Invitado de la Universidad Central de Venezuela. Asesor de la Alcaldía de Bogotá. Asesor de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. Director del Seminario de Estudios Antonio Gramsci de la Universidad de Extremadura. Autor de libros y artículos publicados en diferentes países.

Francisco Palacios Romeo

Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Licenciado en Ciencias Políticas y Licenciado en Sociología por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Zaragoza. Investigador del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales. Investigador de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales. Investigador del Seminario Internacional para la Paz. Investigador Invitado de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Asesor de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. Ha impartido conferencias y cursos en Licenciatura y posgrado en universidades de Colombia, Venezuela, Bolivia y otros países de América. Responsable de ATTAC de la Comunidad de Aragón. Autor de libros y artículos publicados en diferentes países.

Aniza García Morales

Licenciada en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, UCM. Máster en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid. Doctora en Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UCM.

Gerardo Pisarello

Doctor en derecho y Profesor en la Universidad de Barcelona, vicepresidente del Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Barcelona, primer teniente de alcalde y concejal encargado del área de Trabajo, Economía y Planificación de Barcelona.

Albert Noguera Fernández

Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Barcelona. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia de Cuba y asesor de la Vicepresidencia de la República y la Asamblea Constituyente de Bolivia para la reforma constitucional 2006-2007.

Arminda Balbuena Cisneros

Licenciada en Derecho, Universidad de Guanajuato, Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Directora Nacional de Capacitación, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, Investigadora y profesora universitaria.

Leonardo Filippini

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho, Universidad de Palermo, Master en Derecho y candidato doctoral por la Escuela de Derecho de Yale. Actualmente es Profesor de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Investigador del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ).

Juezas y Jueces Constitucionales

Patricio Pazmiño Freire

Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; máster en Ciencias Sociales, FLACSO-Ecuador. Doctorando en Derecho Constitucional, Universidad de Valencia, España.

Ha ejercido la docencia en Programas de Maestría en Derecho Constitucional, cátedra Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Universidad Andina Simón Bolívar en Ecuador y Bolivia y en la Universidad Estatal de Guayaquil. Fue Presidente del Tribunal Constitucional del Ecuador (2007-2008); presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición (2008-2012). En la actualidad, Presidente de la primera Corte Constitucional del Ecuador.

Wendy Molina Andrade

Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales, Universidad Central del Ecuador; abogada, Universidad Internacional del Ecuador; especialista superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; diploma de perfeccionamiento en justicia constitucional y tutela de los derechos fundamentales, Universidad de Pisa, Italia; doctora, Universidad Internacional del Ecuador.

Profesora universitaria de posgrado en la Universidad Regional Autónoma de los Andes y Universidad Estatal de Guayaquil; en pregrado Universidad Central del Ecuador y Universidad Estatal de Bolívar; profesora invitada en la Universidad de Pisa, Italia, también en la Universidad Nacional Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina. Se ha desempeñado como abogada de la Procuraduría General del Estado, asesora de Presidencia de la Corte Constitucional y en el ámbito privado. En la actualidad, Vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador.

Es miembro de la Red para el Constitucionalismo Democrático, de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y del Instituto de Estudios del Derecho Administrativo y Social IDEAS. Entre los premios y reconocimientos recibidos, se destacan de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Fiscalía General del Estado; Universidad Regional Autónoma de los Andes; Patronato Municipal San José; Policía Nacional y Universidad del Valle de Matatipac, Tepic, México.

Entre sus publicaciones, destacan *La motivación y su desarrollo histórico*; *La presunción de constitucionalidad de la norma en la Constitución actual, así como el artículo “La sentencia constitucional”*. Es conferencista nacional e internacional.

Antonio Gagliardo Loor

Máster en Ciencias Penales y Criminológicas; Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Instituto Superior Criminología y Ciencias Penales ‘Dr Jorge Zavala Baquerizo’ de Guayaquil.

Doctor en Jurisprudencia y abogado de los juzgados y tribunales de la República. Se ha desempeñado como Presidente del Consejo Nacional de Rehabilitación Social; Fiscal de lo Penal del Guayas; Ministro Fiscal Distrital del Guayas, Galápagos y Santa Elena; miembro de la Junta de Beneficencia de Guayaquil. Es profesor en varias universidades del país; así como conferencista y expositor en eventos nacionales e internacionales en materia penal y procesal penal. Ha recibido varias condecoraciones por su trayectoria profesional.

Fabián Marcelo Jaramillo Villa

Abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Magíster, Universidad Andina Simón Bolívar.

Se ha desempeñado como asesor parlamentario, consultor especializado, además de profesor universitario a nivel de posgrado en legislación de trabajo y derecho administrativo y empresa pública.

Es autor y coautor de varias publicaciones y producción intelectual. Entre los premios y reconocimientos recibidos se destacan el de la Universidad Miguel de Cervantes (mejor ensayo) y de la Secretaría de Desarrollo Social Estado de Puebla (presentación de ponencias).

María del Carmen Maldonado Sánchez

Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales, abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; especialista en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; magíster en Cooperación Internacional, Universidad Complutense de Madrid.

Ha sido docente universitaria en la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Internacional SEK, así como docente invitada de posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y en la Universidad de Guayaquil. Se ha desempeñado como directora y asesora jurídica en varias instituciones; fue Subprocuradora General en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y Procuradora General en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Ha sido también legisladora y abogada de la Asociación CFE-PYPSA-CVA-ICA, Fiscalizadora del Proyecto Hidroeléctrico Coca Codo Sinclair.

Fue Directora Ejecutiva del Foro Jurídico del Ecuador. Es miembro fundadora del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social (IDEAS); autora de libros y publicaciones; logró para el Ecuador el primer premio en el concurso mundial de oratoria JCI en Kobe, Japón.

Patricia Tatiana Ordeñana Sierra

Abogada, doctora y especialista, Universidad de Guayaquil. Se ha desempeñado como Consejera Principal del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; directora técnica del CONAMU; Coordinadora Técnica de Proyectos Intervida; consultora privada.

Ha sido docente universitaria a nivel de posgrado en construcción de equidad, además en organismos de control en Ecuador. Es autora de varias publicaciones y producción intelectual.

Entre los premios y reconocimientos recibidos, se destacan del Centro de Mediación Judicial de Guayaquil y del Programa Muchacho Trabajador.

Alfredo Ruiz Guzmán

Abogado, magíster y especialista en Procedimientos Constitucionales, Universidad de Guayaquil.

Ha sido Director de la Escuela de Derecho; Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Profesor en la Universidad de Guayaquil. Entre sus publicaciones y producción intelectual, se destacan *De la presentación democrática a la participación ciudadana*; *Avances en el régimen político* (coautor).

Ha recibido premios y reconocimientos del Colegio de Abogados del Guayas; Abogado más destacado; también de la Asociación de Profesores de la Universidad de Guayaquil; Mención de honor, 35 años de servicio.

Ruth Seni Pinoargote

Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales, abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad ‘Vicente Rocafuerte’ de Portoviejo y Guayaquil. Estudios de posgrado, Universidad Andina ‘Simón Bolívar’, Sede Ecuador.

Se ha desempeñado como Jueza Décimo Cuarto de lo civil Rocafuerte Manabí; Jueza Quinto de lo Civil Manta-Manabí; Ministra juez de la Corte Superior de de Portoviejo; Presidenta H. Corte Superior de Justicia de Portoviejo; Vocal-presidenta de la Primera Sala del Tribunal Constitucional; Jueza de la Corte Constitucional. Es docente de la Universidad Laica ‘Eloy Alfaro’ de Manabí.

Entre sus publicaciones, se destacan *De la obra jurídica 'La deuda de alimentos y su procedimiento para el cobro'*; *El derecho a la honra y la intimidad: mecanismos de defensa*. Ha recibido diversos reconocimientos nacionales e internacionales.

Manuel Viteri Olvera

Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas; doctor en Jurisprudencia; diplomado en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales; especialista en Procedimientos Constitucionales; magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Universidad de Guayaquil. Abogado de los juzgados y tribunales de la República.

Se ha desempeñado como Ministro de la Corte Suprema de Justicia; Ministro de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil; Ministro de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo; Ministro Fiscal de los Ríos; Juez Octavo de lo Penal del Guayas; Juez Tercero del Trabajo del Guayas; Vocal del Ex Tribunal Constitucional; Juez de la Corte Constitucional. Es Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil.

Entre sus publicaciones, se destacan *Medidas cautelares en el proceso penal ecuatoriano*; *Resoluciones de casación y revisión en materia penal*; *Síntesis del Nuevo Código de Procedimiento Penal*; *Estudio y Aplicación de las medidas cautelares según el nuevo Código de Procedimiento Penal*; *Garantías jurídicas en el sistema penal ecuatoriano - medidas cautelares en el Código de Procedimiento Penal*. Ha recibido diversos reconocimientos por su trayectoria estudiantil y profesional.



www.corteconstitucional.gob.ec

publicaciones@cce.gob.ec

<https://publicaciones.corteconstitucional.gob.ec>

FORMULARIO EN LÍNEA