

ridh

REVISTA
INTERNACIONAL
DE DERECHOS
HUMANOS

CLADH | *Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos*

IGNACIO A. BOULIN VICTORIA Presidente – Cofundador
C. IGNACIO DE CASAS Vicepresidente – Cofundador
LUCAS EMMANUEL GÓMEZ Tesorero – Cofundador
MARÍA LAURA FARFÁN BERTRÁN Directora Ejecutiva
Tierra del Fuego 79 (5500) Mendoza – República Argentina
Tel.: (54-261) 424 2344 – contacto@cladh.org – www.cladh.org

Para todo contacto con
la Dirección o con la Producción de
Revista Internacional de Derechos Humanos,
remita sus mensajes a
georginaguardatti@revistaidh.org
Para más información ingrese a
www.revistaidh.org

ISSN 2250-5210

Año III – N° 3 – 2013

Mendoza – República Argentina

Edición y Coordinación

Georgina Alejandra Guardatti

Universidad de Mendoza – Argentina / Universidad de Zaragoza – España

Comité Científico Editorial

CLADH – Centro Latinoamericano de Derechos Humanos

C. Ignacio de Casas – Universidad Austral – Argentina

Ignacio A. Boulin Victoria – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Lucas Emmanuel Gómez – Universidad de Mendoza – Argentina

Soledad Bertelsen Simonetti – Harvard University – Estados Unidos

María Laura Farfán Bertrán – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Cintia Bayardi – Universidad de Congreso – Argentina

Diego Riveros – Universidad de Los Andes – Chile

Fernando Alvarez – Universidad de Los Andes – Chile

Claudio Ereche – Universidad de Los Andes – Chile

Comité de Evaluación

Grupo de investigación sobre Migraciones Internacionales e Integración

Ángel Gregorio Chueca Sancho – Universidad de Zaragoza – España

Emilio Magallón Verde – Universidad de Zaragoza – España

Alejandro González – Varas Ibañez – Universidad de Zaragoza – España

Fernando García Fernández – Universidad de Zaragoza – España

Carlos F. Ponce Martínez – Universidad de Zaragoza – España

Pedro Luis Blasco Aznar – Universidad de Zaragoza – España

Pascual Aguelo Navarro – Consejo General de la Abogacía Española, Madrid – España

Ascensión Lucea Sáenz – Abogada, Zaragoza – España

Producción editorial

Gerardo Patricio Tovar

Asesoramiento editorial y diseño

A la memoria de nuestro querido maestro
Prof. Dr. Ángel Gregorio Chueca Sancho

Contenido

Georgina Alejandra Guardatti <i>Editorial</i>	11
Rodrigo Escobar Gil <i>Prólogo al tercer número de Revista Internacional de Derechos Humanos</i>	15
Artículos	17
Simón Conforti <i>Estudio acerca del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: implicancias políticas y jurídicas</i>	23
Rodrigo Escobar Gil <i>Discurso del relator sobre los derechos de las personas privadas de libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	43
Ian Henríquez Herrera <i>Comentario al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros</i>	53
Joaquín A. Mejía R. <i>Las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos</i>	77

Pablo Contreras*Teoría de los principios y derechos fundamentales en Chile* _____ 101**Luis Felipe Viveros Montoya***La justicia contencioso administrativa colombiana y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: reflexiones desde sus mutuas implicaciones* _____ 127**María José García Ascolani***Comentario sobre la nueva Ley integral contra la trata de personas en Paraguay* _____ 149**Humberto Fernando Cantú Rivera***Evaluando los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos a dos años de su adopción* _____ 157**Fernando Arlettaz***Objeción de conciencia: consideraciones sobre España a la luz de la jurisprudencia europea* _____ 179**Noticia de los autores** _____ 201**Pautas para la presentación de colaboraciones** _____ 205

Los artículos son traducidos y/o publicados con permiso expreso de sus autores. Queda prohibida su reproducción por cualquier medio sin autorización previa. Las opiniones vertidas en los artículos aquí publicados son de responsabilidad absoluta y exclusiva de sus autores y en consecuencia no reflejan ni comparten necesariamente el parecer del editor, del CLADH y/o de sus miembros.

Editorial

Por Georgina Alejandra Guardatti*

GEORGINA ALEJANDRA GUARDATTI

Septiembre de 2012

* Editora y coordinadora de Revista Internacional de Derechos Humanos. Abogada por la Universidad de Mendoza (Argentina). Máster Oficial en Especialización e Investigación en Derecho: Derechos Humanos, Libertades y Derecho Penal, Universidad de Zaragoza (España). Doctoranda en Derecho Internacional Público, Universidad de Zaragoza (España). Adscripta a la Cátedra Derecho Internacional Público, Universidad de Mendoza (Argentina). Miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza (Argentina). Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

Prólogo al tercer número de Revista Internacional de Derechos Humanos

Por Rodrigo Escobar Gil¹

En la presente edición de la Revista Internacional de Derechos Humanos, publicación que es obra del gran esfuerzo del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, CLADH, se presentan una pluralidad de estudios monográficos, trabajos de investigación y contribuciones científicas de una pléyade de profesores, humanistas y juristas de Iberoamérica que, con gran rigor científico, abordan un conjunto de temas de gran actualidad en las diversas áreas de los derechos humanos. Se refieren a los distintos sistemas internacionales de promoción y protección, tanto en el ámbito del sistema interamericano y de los Estados de nuestro hemisferio como en el ámbito europeo y de las Naciones Unidas. Ello, indudablemente, constituye un aporte más de la Revista que se suma a las grandes contribuciones que en números anteriores ha realizado al enriquecimiento de la doctrina científica y al perfeccionamiento del conocimiento jurídico en esta materia.

En lo que se refiere al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, la Revista publica el estudio de Simón Conforti en torno al denominado proceso de fortalecimiento del sistema; la presentación del informe del Relator de la Comisión Interamericana sobre la situación de las personas privadas de la libertad; los comentarios de Henríquez Herrera acerca de la sentencia de la Corte Interamericana sobre el caso conocido como Fecundación in vitro y el artículo de Joaquín A. Mejía en torno a las obligaciones de los Estados en materia de derechos sociales, económicos y culturales. Así mismo, se publican tres importantes investigaciones científicas de los profesores Pablo

1 Comisionado por el período 2010 a 2014 y Relator especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Washington, D.C.

Contreras, Luis Felipe Viveros y María José García Ascolani, en relación con materias jurídicas fundamentales en algunos Estados del hemisferio, cuyas instituciones y mecanismos también forman parte del sistema interamericano y que, concretamente, se refieren a la teoría de los principios y derechos fundamentales en Chile, a la institución de la acción de reparación directa en el ordenamiento colombiano y a su alcance en la jurisprudencia interamericana y a la legislación contra la trata de personas en Paraguay.

Y en lo que se refiere a los sistemas de las Naciones Unidas y al sistema europeo, se publican los estudios de Cantú Rivera, en torno a derechos humanos y responsabilidad empresarial, y de Fernando Arlettaz, sobre el impacto del fallo del Tribunal de Estrasburgo en el caso referido a la objeción de conciencia en la interpretación y construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional de España.

El proceso de fortalecimiento del SIDH iniciado en el mes de agosto de 2012, es un reto fundamental para dotar de transparencia, legitimidad y eficiencia las decisiones de sus principales órganos. De ahí que resultan muy interesantes las reflexiones de Simón Conforti, quien plantea en su artículo que se debe repensar el rol de la política en el Derecho y en los órganos del Sistema, reconocer sus deficiencias estructurales e impulsar distintas opciones de mejora y nuevos modelos de representación ante los evidentes cambios que en los tiempos actuales se han presentado en los esquemas de poder que dictan decisiones de los órganos del SIDH.

En esta edición se publica la presentación del informe de la CIDH sobre personas privadas de la libertad con el propósito de sensibilizar a la sociedad e instar a los Estados a que adopten políticas públicas integrales en materia criminal en orden a superar las graves fallas estructurales de los sistemas penitenciarios del continente, en los que se presenta una violación generalizada de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

Es de gran relevancia para el desarrollo del Derecho y de las instituciones jurídicas el diálogo constructivo entre la doctrina científica y la jurisprudencia, razón por la cual, es muy interesante la crítica de Ian Henríquez Herrera a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humano en el caso conocido como Fecundación in vitro, la cual, a juicio

del comentarista, contraviene el propio corpus juris internacional que ese alto órgano judicial ha venido configurando en materias como el reconocimiento de la personalidad jurídica y de igualdad ante la ley.

Así mismo, en el artículo de Fernando Arlettaz se realizan profundas reflexiones sobre los alcances que tendrá el cambio jurisprudencial adoptado por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el caso Bayatyan, adoptado en 2011, en el cual se reconoció que el derecho a la objeción de conciencia se encuentra implícito en el artículo 9 del Convenio Europeo referido a la libertad de conciencia y religión. No obstante, la interpretación del Tribunal Constitucional de España en su jurisprudencia más reciente, ha declarado que la objeción de conciencia no puede encontrarse implícita en el artículo 16 de la Constitución referida a la libertad ideológica y religiosa y que para su ejercicio se requiere que la Constitución la establezca en forma expresa (como sucede en el servicio militar), o que el legislador la incorpore al ordenamiento jurídico.

El artículo de Luis Felipe Viveros reviste sumo interés, porque al analizar la acción de reparación directa establecida en la justicia administrativa colombiana como instrumento efectivo para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, en los casos ante la Corte Interamericana en que las víctimas alegan violaciones a los derechos contenidos en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de ese tratado, se enmarca en el diálogo que debe presentarse entre las instancias judiciales de los Estados nacionales y los órganos internacionales de derechos humanos, como la Comisión y la Corte Interamericana, lo que indudablemente permite a los operadores del sistema interamericano encontrar valiosos criterios hermenéuticos y herramientas metodológicas para la adopción de sus distintas decisiones.

En el estudio de Joaquín A. Mejía, se analizan las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos sociales, económicos y culturales derivadas del artículo 26 de la Convención Americana y el artículo 1 del Protocolo de San Salvador, planteando el deber de los Estados de garantizar a los ciudadanos un contenido mínimo de los derechos a la salud, nutrición y educación, entre otros, independientemente de su desarrollo económico y recursos disponibles; así como también la obligación

de los Estados de ampliar progresivamente las prestaciones inherentes al goce efectivo de estos derechos y a la prohibición de regresividad.

Como ya lo expresamos, en la Revista aparecen algunos artículos bastante sugestivos referentes al desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legal de diversas materias en los ordenamientos de algunos Estados de la Región. Pablo Contreras realiza un estudio importante sobre la teoría de los principios en la dogmática y jurisprudencia constitucional de Chile, poniendo de relieve la existencia de una pluralidad considerable de propuestas metodológicas de resolución de casos y la presencia de un sector minoritario de la doctrina que aboga por la aplicación de la teoría de los principios en el Derecho Constitucional chileno. Por su parte, María José García Ascolani, se refiere al grave flagelo de la trata de personas en Paraguay, al igual que a la explotación sexual de niñas y adolescentes, a los desafíos para enfrentar este fenómeno criminal en crecimiento, a la necesidad de indicadores de evaluación de políticas, programas y planes, y a la necesidad de avanzar en los derechos de las víctimas que forman parte del sistema de protección estatal.

Finalmente, el juicioso trabajo de Humberto Cantú, aborda una materia que ha tenido un importante desarrollo en los últimos diez años: la responsabilidad empresarial y los derechos humanos. Plasmado en la declaración de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, adoptada en junio de 2011, representa un cambio de paradigma en el derecho internacional que impone nuevos desafíos para los órganos internacionales de derechos humanos. La adopción por las Naciones Unidas de un principio universal que impone a las empresas un deber de respeto a los derechos humanos es una gran conquista del derecho internacional, que genera la necesidad de promover la reflexión y la investigación científica sobre cuestiones fundamentales, tales como la extraterritorialidad a nivel internacional –tanto en torno a la regulación como a la adjudicación– o sobre el valor vinculante de los Principios Rectores. Todo ello en orden a consolidar esta institución en un futuro como una norma de derecho internacional de carácter imperativo para todos los Estados.

En conclusión, los distintos estudios monográficos, trabajos de investigación y contribuciones científicas contenidas en la presente edición de

la Revista Internacional de Derechos Humanos, han sido elaborados con rigor y seriedad científica, revisten actualidad y se refieren a los nuevos desafíos que se plantean a los organismos internacionales de derechos humanos, a los Estados, a la sociedad civil y a las víctimas. Por todo lo anterior, considero que la presente publicación será de suma utilidad para los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos, por tratarse de un gran esfuerzo de la academia orientado a mejorar el conocimiento y comprensión de los distintos problemas jurídicos que son objeto de los grandes debates internacionales en torno a la promoción y protección de los Derechos Humanos.

Para el CLADH y los autores de los distintos artículos, mi reconocimiento por el gran trabajo realizado y mi agradecimiento por el honor de permitirme escribir estas breves líneas.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Artículos

Estudio acerca del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: implicancias políticas y jurídicas

Simón Conforti

Estudiante de Abogacía, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). Miembro del Centro de Estudios de Derechos Humanos Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Argentina).

Resumen: Es curioso debatir acerca de los esquemas de poder que dictan las decisiones de los órganos del SIDH, esa discusión es reciente; hasta hace pocos años los mismos órganos eran el orgullo de los dirigentes políticos latinoamericanos, que lo exhibían como una indudable muestra del progreso y civilización de la región, justamente por su independencia, profesionalismo y progreso. La misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que recibía extensos discursos valorando su contribución en la democratización de las sociedades post dictaduras latinoamericanas, es la que hoy se encuentra fuertemente discutida. Incluso, algunos directamente han abandonado la discusión, prefiriendo retirarse del sistema. La situación puede analizarse desde dos aristas distintas, aunque interrelacionadas. La política, que deviene generalmente discursiva, y la jurídica, que responde a los actores del sistema, o los que han interrelacionado con la burocracia del SIDH. La discusión que proponemos busca ir más allá de las críticas concretas; repensar el rol de la política en el Derecho y en los órganos de autocontrol que generan los Estados, en este caso, de nivel supranacional.

Palabras clave: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; OEA; reforma del Estatuto; proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de derechos humanos; derechos humanos; política internacional.

Abstract: It is curious to discuss schemes to dictate the decisions of the organs of the IAHRs. Until now, the same organs were the pride of American political leaders and were exhibited as a definite sign of progress and civilization in the region, precisely because of its independence, professionalism and progress. The Inter-American Commission on Human Rights, which received extensive praises valuing their contribution to enforce democracy in Latin American countries after dictatorial governments, today is being heavily questioned. Even more, some countries have left the discussion, preferring to leave the system. This situation can be analyzed from two different –but interrelated– points of view. The political approach which usually becomes discursive; and the legal approach, held by the actors of the system. The approach we propose seeks to go beyond the specific criticisms and to rethink the role of politics in law and in the organs of self-control the State creates, in this case, at an international level.

Keywords: Inter-American Commission on Human Rights; O.A.S.; charter's reform; empowerment of the American System of human rights; human rights; international politics.

Artículo recibido: 10/10/12 Aceptado: 24/05/13

Sumario

1. Introducción
2. Consideraciones sobre el proceso interno de la propuesta de reforma
3. Los cuestionamientos al SIDH desde la esfera política, aspectos globales
4. La necesidad de fortalecer y perfeccionar el sistema
5. El resultado final: la Resolución 1/13 sobre la Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas
6. Conclusiones
7. Bibliografía

No nos resignemos a que nuestras deficiencias económicas, que son reales, no aceptemos que nuestras estructuras sociales y económicas que son tantas veces injustas o inapropiadas, nos cierren el horizonte de nuestras posibilidades para construir comunidades más respetuosas de la dignidad del hombre.

Alejandro Magnet¹,
San José de Costa Rica, viernes 7 de noviembre de 1969.

1. Introducción

El florecimiento de críticas hacia el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), evidencia un proceso que obviamente tiene sus raíces extendidas desde hace varios años y que encuentra en estos últimos el terreno más propicio para su desarrollo. Los cuestionamientos que se realizan son, principalmente, acerca de las competencias, facultades, procedimientos, prácticas y decisiones de la CIDH y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y han llegado al punto tal de impulsar una reforma del estatuto de la CIDH –el órgano de control más cuestionado–. Ello se realizó mediante las recomendaciones del Consejo Permanente de la OEA que, sobre la base del informe del grupo de Trabajo Especial de Reflexión Sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH y el Consejo Jurídico Interamericano (CJI), formuló propuestas para su aplicación en diálogo con todas las partes involucradas (AG/RES. 2761, 2012, 1). Este, justamente, es el primer hilo conductor del presente artículo, el camino que viene recorriendo el proceso de reforma, las causas que la

1 Presidente de la delegación de Chile y representante de todas las delegaciones participantes para pronunciar el discurso de la Sesión inaugural de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; la cual, sancionó –el 22 de noviembre de 1969– la Convención Americana de Derechos Humanos.

justifican, y los argumentos conexos que sostienen los cambios propuestos.

En segundo lugar, estudiaremos las manifestaciones políticas sobre los cuestionamientos al Sistema y el correspondiente impulso contrario a las críticas. Para tratar las críticas consideraremos, como eje principal, el discurso que el Presidente de Ecuador, Rafael Correa, brindara en el 42º período ordinario de sesiones de la OEA; analizaremos las preferencias de su discurso, el recorte de los hechos que lo respalda y el auditorio específico al cual fue dirigido (Cori,1999). En cuanto al respaldo, el mismo parece no tener un ámbito definido de partida, agrupa a ex mandatarios estatales, ONG, académicos y sectores de la sociedad civil; lo que sí es cierto, es que no son justamente los actuales representantes de los Estados quienes reafirman el funcionamiento del Sistema. Teniendo en cuenta esto, tomaremos como referencia la llamada “Declaración de Bogotá”; en la cual se plantea la reafirmación del Sistema actual, con discursos que ponen el tono en el riesgo que conllevarían las eventuales reformas, en el posible debilitamiento del sistema y en las justificaciones de la eficacia y eficiencia del mismo.

En tercer lugar, se plantea una reflexión considerando los argumentos vertidos desde el plano netamente jurídico y desde el punto de vista político. De esta manera, se trata de comprender las innegables relaciones entre las dos esferas mencionadas desde una perspectiva crítica, y sin dejar de lado las relaciones de poder que definen los esquemas políticos, jurídicos y culturales actuales.

En último lugar, se analiza el resultado final de este proceso de reforma, cual es la Resolución 1/13 sobre la Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas, aprobada el 18 de marzo de 2013 por la CIDH y el 23 de marzo de 2013, por la Asamblea General Extraordinaria de la OEA.

2. Consideraciones sobre el proceso interno de la propuesta de reforma

Si hablamos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), debemos recordar que el mismo se asienta sobre la base regional de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Esta organización

creó la CIDH, mediante resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959 (OEA/Ser.C/II.5,1959), definiendo como su objetivo el de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, asimismo, servir como órgano consultivo de la OEA. Con la suscripción, en 1969, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José) (OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1, 1978:25), se transforma el sistema y se incorpora (Capítulo VIII) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte). La existente CIDH, con su sede en Washington, adquiere un nuevo protagonismo: reafirma su función como órgano consultivo de la OEA y su intervención ante peticiones individuales, también se le otorga competencia para intervenir en los procesos jurisdiccionales que lleva adelante la Corte IDH. A esta última, se la dota de dos competencias distintas: la consultiva, mediante la cual interpreta el sentido y alcance de los instrumentos del sistema interamericano; y la judicial, donde resuelve casos concretos sobre violaciones a los derechos establecidos en la Convención (Pinto, 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012). A partir del escenario descrito, continuaremos a las consideraciones formales del proceso de “fortalecimiento” del SIDH.

En diciembre de 2004, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) decidió iniciar un proceso de reflexión sobre el Sistema Interamericano de conformidad con el mandato contenido en el punto operativo quinto de la Resolución “Fortalecimiento de los sistemas de derechos humanos en seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas” (2030, XXXIV-04/04). Durante los años 2008 y 2009, la CAJP llevó a cabo un nuevo ejercicio de reflexión del Sistema Interamericano, de conformidad con lo establecido en distintas resoluciones y mandatos (AG/RES. 2407, XXXVIII-0/08; AG/RES. 2408, XXXVIII-0/08). El proceso consistió en diez reuniones para revisar temas identificados por los Estados Miembro, y una reunión con la participación de la sociedad civil. El 9 de Diciembre de 2009 la CIDH publicó su nuevo reglamento, basado en las normas aprobadas durante el 137° período ordinario de sesiones que se llevó a cabo en octubre y noviembre del 2009. Esta reforma fue el resultado de consideraciones independientes de la CIDH, aunque con

base en las recomendaciones de los Estados parte de la OEA, la sociedad civil y otros actores.

Si bien el proceso antes descrito produjo indudables progresos, los cuestionamientos hacia el sistema y la necesidad de perfeccionarlo permanecieron vigentes. En este sentido, el 7 de Junio de 2011, el Consejo Permanente de la OEA encarga al Consejo Jurídico Interamericano (CJI) (AG/RES. 2675, XLI-O/11) la tarea de elaborar, de manera prioritaria, un “estudio sobre formas de fortalecer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (Ídem., apartado 3.d). En esta resolución, queda en evidencia que los problemas principales sobre los que nuevamente se busca trabajar son la falta de ratificación de la Convención por parte de algunos Estados miembro de la OEA, la dificultad en la consecución de financiamiento y la posibilidad de que la CIDH y la Corte IDH funcionen de manera permanente. De esta manera, se apela nuevamente al *slogan* del “fortalecimiento y perfeccionamiento” del sistema, realizando un recorte de los hechos, orientado al funcionamiento burocrático de las instituciones en cuestión; y más que un proceso de consulta, comienzan planteos de tipo propositivos por parte de los Estados.

El CJI designó para redactar el informe a los juristas Dr. Fabián Novak² y al Embajador João Clemente Baena Soares;³ y a partir de sus conclusiones, se elaboró un documento con fecha del 9 de Marzo de 2012 (OEA/SER.Q CJI/RES. 192, LXXX-O/12). Allí, se menciona que las propues-

2 Académico peruano, miembro del Comité Jurídico Interamericano de la OEA (2009–2012), Profesor Principal de Derecho Internacional Público, miembro del Consejo Directivo e Investigador Principal del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha escrito abundante doctrina sobre temáticas del Derecho Internacional Público y disertado en múltiples eventos académicos

3 Diplomático brasileiro, Secretario General de la OEA 1984–1994. En el período 1997–2006 integró la Comisión de Derecho internacional de la ONU. El 1 de septiembre de 2006, fue nombrado comisionado de alto rango por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por probar las alegaciones de que Israel apuntó y mató sistemáticamente a civiles libaneses durante la Guerra del Líbano de 2006.

tas de mejora atienden fundamentalmente a la CIDH, apuntando a la reforma de su reglamento, tanto por estar ésta particularmente discutida como por poseer mayores posibilidades de perfeccionamiento. Algunos puntos sobresalientes son cuestiones referidas a la solución amistosa, donde se propone mayor especialización y capacitación de la CIDH en la materia, menores plazos para la homologación de la decisión de solución amistosa y audiencias de seguimientos de estas soluciones. Respecto de las medidas cautelares (González, 2010, 67)⁴, se propone incorporar al reglamento los criterios para otorgar las mismas⁵, como así también, su cese o levantamiento, y establecer mayoría absoluta o especial para imponerlas en aquellos casos donde no se ha solicitado información al Estado afectado. Respecto de la promoción de los derechos humanos, se busca un mayor contacto entre la CIDH y la representación de los Estados para generar críticas constructivas y no posiciones enfrentadas constantemente. Respecto al financiamiento, se reconocen objetivos de corto y mediano plazo para aumentar las contribuciones de los Estados parte. En lo referido al Informe Final de la CIDH, se discute sobre la objetividad de la misma en la incorporación de situaciones específicas de violación de derechos en determinados Estados, se propone clarificar los criterios de inclusión (Capítulo IV); así como ampliar el plazo que tienen estos Estados para contestar cuando se les informa su inclusión (seis meses prorrogables por otros seis). En cuanto a las cuestiones de procedimiento, se proponen varias medias, entre las más importantes: el establecimiento de un plazo breve para la revisión inicial de las peticiones (actualmente no existe límite); ampliación del plazo de contestación de las peticiones por parte de los Estados (en la actualidad es de 2 meses); tramitación prioritaria de

4 Una de las preocupaciones fundamentales es el aumento en la concesión de estas medidas, así por ejemplo, entre el 2005 y el 2009, la CIDH las utilizó en el 10% de los casos, mientras que, en el 2010, de las 375 solicitudes de medidas cautelares que recibió, las concedió en 68, esto es, en el 18% de los casos.

5 Ya en el 2006, la Comisión había precisado los criterios de gravedad y urgencia, así como el del contexto, como elementos fundamentales para la aplicación de estas medidas. (CIDH, 2006, 244).

casos graves y urgentes; y flexibilidad en los plazos para el cumplimiento de ciertas recomendaciones. Para finalizar esta resolución, se realizan recomendaciones breves sobre la Corte IDH, relacionadas con la necesidad de su funcionamiento permanente, y los mecanismos para hacer efectivo el seguimiento y cumplimiento de las resoluciones.

Más allá de la tarea de la CSJP y de la CJI, descrita precedentemente, el Consejo Permanente de la OEA decidió, el 29 de junio de 2011, crear un Grupo de Trabajo Especial a los efectos de reflexionar sobre la propuesta de la CIDH de reformar su reglamento (artículo 11), de marzo de 2011, y tratar otros temas del funcionamiento de la CIDH (AG/INF.478/11). En el documento elaborado por este Grupo, se plantea la mecánica de trabajo, los aspectos tratados y, finalmente, se realizan recomendaciones (OEA/Ser.G.GT/SIDH-13/11 rev. 2). Así, la propuesta de reforma del artículo 11 fue realizada en constante intercambio con las autoridades de la CIDH, oyendo a los representantes estatales y a la sociedad civil, aunque la CIDH se reservó la última palabra. Como expresa el informe, “algunas delegaciones expresaron su conformidad con el proceso mediante el cual el Grupo de Trabajo tuvieron la oportunidad de dialogar con la CIDH (...) Por su parte otras delegaciones registraron su inconformidad con la forma en la que concluyó este proceso de intercambios con la CIDH sobre el tema en cuestión, ya que esperaban tener la oportunidad de considerar la propuesta final de la CIDH antes de que dicho órgano emitiera y difundiera el texto oficial, para poder comentar sobre la misma” (Ídem. Cap. VI.I.). Además de este punto, se coincidió en identificar desafíos a corto y mediano plazo⁶.

6 Se destacan los siguientes: alcanzar la universalidad del SIDH; asegurar el pleno cumplimiento de las recomendaciones y decisiones de los órganos del mismo; lograr mayor equilibrio entre la promoción y la protección de todos los derechos humanos; perfeccionar los aspectos procedimentales y garantizar la observancia estricta de los marcos normativos en el sistema de peticiones individuales; lograr una mayor eficiencia y agilidad en la tramitación de peticiones y casos y avanzar hacia una mayor transparencia en la gestión de la CIDH. Adicionalmente, el Grupo de Trabajo observó que el adecuado financiamiento de los órganos del SIDH es un reto que incide de forma transversal en todos los demás.

Los dos documentos analizados demuestran cuál es el corazón de las propuestas de modificación del SIDH, donde la CIDH es el principal actor cuestionado, siendo la transparencia y la objetividad los argumentos que sostienen ese cuestionamiento. Las recomendaciones, tanto del Comité Jurídico Interamericano como del Grupo Especial de Trabajo, fueron recogidas en el informe que elaboró el Secretario General de la OEA, en fecha 21 de Mayo de 2012 (OEA/SER.G CP/DOC.4711/12). Asimismo, la Asamblea General de la OEA decidió, el 5 de Junio de 2012, acoger el informe del Grupo de Trabajo Especial y, al mismo tiempo, encargó al Consejo Permanente que –sobre la base del informe, formule propuestas para su aplicación en diálogo con todas las partes involucradas– (AG/RES. 2761, XLII–O/12); allí justamente notamos la clara intención de la organización americana de adoptar un papel protagónico en este proceso de reforma⁷.

La cuestión sobre quién debe redactar la propuesta fue uno de los aspectos que generó más discusiones. Desde un primer momento, la CIDH se ha esforzado por conducir los debates para que concluyan en cambios adoptados desde su propio seno⁸, evitando así que los Estados definan los pormenores de los textos definitivos. Esto mismo ha sido percibido por las delegaciones que, esta vez, han ido desplazando a la CIDH en el protagonismo de las tareas de “fortalecimiento”, acentuando el carácter político de las mismas. En consonancia con ello, los Estados parte trabajaron sobre un Plan de Trabajo Propuesto (CP/doc.4787/12 rev. 1. CP/INF.6503/12). Sin

7 Dicha intencionalidad ha sido condenada por algunas organizaciones del ámbito de los derechos humanos, por ejemplo, la Coalición Internacional de Organizaciones por los Derechos Humanos en las Américas remarcó que los procesos de discusión deben realizarse de manera genuina, con los propósitos claros y reales. La coyuntura histórica es uno de los elementos que se marcan como preocupantes, a tan solo 2 años de la reforma, no se concibe como realista la apertura de un nuevo proceso de cambio. (Observaciones al proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, 2012).

8 Tal como sucedió con la última reforma del Estatuto de la Comisión Interamericana en el año 2010.

embargo, la CIDH no se quedó de brazos cruzados sino que estableció su propio calendario de trabajo, en atención al mismo proceso de reforma (AG/RES. 2761, XLII-O/12, CP/INF.6515/12). En otras palabras, la reforma discursió por dos procesos simultáneos que aspiraron a un mismo objetivo: reformar el estatuto de la CIDH. Evidentemente las diferencias entre el sector político –OEA, su Consejo Permanente y grupos especiales de trabajo– y el sector burocrático –la CIDH– son palpables. Asimismo, en ciertas definiciones del Plan de Trabajo esta dicotomía ha suscitado reflexiones encontradas, por ejemplo, entre aquellos que quisieron darle carácter de “propuesta” a las consideraciones de los Estados y “opiniones” a la de las demás partes (Ecuador), y los que quisieron definir como “propuestas” los aportes de todas las partes (Costa Rica) (Idém. punto C). Desacuerdo similar desata el alcance de las recomendaciones. Estados Unidos propuso que se agregue al Plan de Trabajo un fragmento que reconozca “la naturaleza no vinculante de las recomendaciones y las iniciativas en curso de la CIDH para considerar y aplicar dichas recomendaciones” (CP/doc. 4787/12 rev. 3 CP/INF.6507/12).

Como observamos, el camino que se ha encarado en el ámbito regional ha aportado, indudablemente, a la discusión y al debate sobre los puntos que desde hace tiempo eran cuestionados. En principio, se han oído todas las voces, aunque la relevancia dada a cada una no se ajuste a lo que algunos sectores pretenden. En este sentido, los sectores institucionales involucrados han participado activamente; pero la reforma parece estar atada indisolublemente a la manifestación política de los sujetos plenos del Sistema. Así, la OEA ha capitalizado el plan de acción de la reforma dejando a la CIDH como un partícipe necesario, pero no excluyente. Sobre este escenario complejo, podemos proponer un análisis de las principales manifestaciones políticas que se han dado respecto a la propuesta de reforma, sus razones y objetivos. De esta manera, procuramos entender este otro plano fundamental donde se juega el devenir del sistema.

3. Los cuestionamientos al SIDH desde la esfera política, aspectos globales

Los registros históricos relatan que, una vez triunfada la revolución francesa, y cuando sus representantes tuvieron que debatir sobre el modelo que debía adoptar el naciente Estado liberal y cómo sería la transición, se presentaron dos posturas claramente antagónicas. Así, el 11 de septiembre de 1789, en la Asamblea Nacional Constituyente surgida de la Revolución Francesa, en la que se discutía la propuesta de la nueva Constitución, se expusieron dos corrientes distintas: los más conservadores, partidarios de una transición moderada, y aquellos más radicales, fieles a las convicciones intransigentes de la revolución. Los primeros se ubicaron en los lugares que ocupaban la derecha en la cámara de Luis XVI y, los segundos, se agruparon a la izquierda. De esta forma, y casi poéticamente, surge la identificación espacial para las dos corrientes políticas en cuestión. Si pensáramos ubicar en un mitin similar a los críticos del sistema interamericano, advertiríamos que no corresponden excluyentemente a un solo sector –izquierda y derecha– sino que constituyen un grupo que atraviesa toda la franja ideológica; y al decir esto, decimos que los hay quienes representan a gobiernos más progresistas y de corte socialista, y aquellos que llevan adelante gobiernos más conservadores, de corte neoliberal. Es decir, la ideología política no parece ser la característica definitoria de las críticas.

Sin embargo, no podemos obviar el hecho de que las críticas se exponen de forma más frontal y vehemente desde aquellos mandatarios que representan los países de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA). En este sentido, en la 42^o Cumbre de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁹, el Presidente de Ecuador, Rafael Correa, en un discurso dedicado específicamente a la cuestión que aquí se examina, describió metódicamente las falencias que se perciben del SIPDH. Carol Proner, en un artículo titulado *¿El Sistema Interamericano de Derechos*

9 Cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones de la OEA, celebrada del 3 al 5 de junio de 2012 en el Municipio de Cochabamba, Bolivia. (OEA/Ser.P, AG/doc.5239/12, 26 mayo 2012).

Humanos necesita ser reformado? (Proner, 2012), identifica como puntos principales del discurso del citado mandatario los siguientes: 1) críticas de fondo, en cuanto a las relaciones de dominación y de hegemonía conectadas al contexto histórico de la OEA; 2) críticas al funcionamiento de la entidad y a la incoherencia entre participación y compromiso efectivo con el sistema de derechos humanos; 3) críticas en cuanto a la incapacidad de la CIDH de tratar las reales cuestiones latino–americanas y continentales, las cuales no necesariamente implican al Estado como potencial agresor de los derechos humanos. Como todo mensaje, este discurso representa un trasfondo que nos resulta necesario conocer para formar una opinión seria del asunto aquí tratado. Y, en este sentido, nos parece adecuado analizarlo observando la preferencia desde la cual se esbozan las críticas, los hechos que se utilizan para fundamentar esa preferencia y los posibles destinatarios a los cuales se dirige el discurso. Según las palabras del Presidente Correa, el SIPDH no acompaña el cambio de época que vive la región Latinoamericana; un cambio que se presenta como eminentemente localista y emancipador de las políticas impulsadas por EEUU. En este sentido, es claro que la preferencia de este discurso se encuentra bien definida: Correa se expresa como actor del cambio, que en los hechos es indudable que existe (Svampa, 2008), y desde la postura de los gobiernos con vocación marcadamente regional. Esa preferencia define una línea de pensamiento, no concebir al SIPDH como un mecanismo propio, sino como impuesto o sugerido. Ello parece más claro cuando se hace referencia a la CIDH, donde se marca la influencia y el control jurídico, institucional y cultural de los países hegemónicos; situación agravada por el fenómeno del *“Oenegismo”*, para usar un neologismo citado varias veces por el mandatario en cuestión, que se refiere a una transferencia desmedida de confianza de la sociedad política a la sociedad civil, supuestamente independiente, representada por las ONGs que actúan ante el Sistema Interamericano. En este mismo orden de ideas, se hace referencia al financiamiento del Sistema, donde los principales financiadores son los Estados europeos, organismos y fundaciones de cooperación internacional. Esta crítica ha sido receptada por distintos Estados parte del Sistema, y ello se demuestra en la inclusión dentro de la propuesta de reforma del

reglamento de la CIDH, la cuestión del autofinanciamiento por parte de los países que efectivamente suscriben y ratifican la Convención.

Entre los recortes de los hechos que conllevan las críticas, tiene un lugar fundamental el papel de los Estados que no ratificaron la Convención y que, por lo tanto, no se comprometieron con las normas, valores y principios del Sistema, haciendo principal alusión a EEUU. Así, la ubicación de la sede de la CIDH en Washington DC parece ser la piedra de toque de este argumento¹⁰. No se expresan las razones de la ubicación espacial de este organismo y, fundamentalmente, su importancia en la realidad de este asunto. Por ejemplo, un aspecto crítico puede resultar que los Estados y sus delegaciones y representantes necesitan ingresar en el territorio nacional estadounidense para defenderse de las acusaciones de violación de derechos humanos, lo que simbólicamente es bastante agresivo ante la falta de compromiso del país sede con el propio sistema y, en algunos casos relacionados con crímenes cometidos por regímenes dictatoriales, ese desplazamiento hasta el país del norte es especialmente ultrajante por la notoria colaboración de EEUU en diversos episodios autoritarios vividos en el continente. Consideramos que, solo cuando el recorte de los hechos contiene argumentos fácticos concretos que los respalden, se puede hablar de una crítica formal y no meramente de una opinión ideológica o política.

La dirección que recorre el discurso crítico de Correa parece ser múltiple. Por un lado, se dirige a los propios Estados de la OEA para que

10 En este sentido, la ubicación de la sede de la OEA y de la CIDH en Washington DC, EEUU también suele presentarse como una de las razones alegadas del desarraigo que padece el SIDH con los países Latinoamericanos. Esto se potencia, si consideramos que EEUU nunca ha aceptado la competencia de los organismos interamericanos de control, para conocer sobre posibles violaciones a los derechos humanos en su jurisdicción. En este sentido, ya en 1959 –en la reunión que crearía a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– EEUU dejaba sentada una posición que mantiene hasta el día de la fecha; en palabras de sus delegados: “*Aun, cuando los Estados Unidos han votado a favor de la resolución VII, “derechos humanos”, reservan su posición respecto de los organismos que pudieran surgir*”. Acta final de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 1960, 19.

acompañen el sentido de la reforma, sobre todo los que no lo hacen de forma pública; pero, por otro lado, se dirige a actores civiles de influencia económica. Así, vemos como se remarcan las preocupaciones relacionadas con la autonomía energética (permanentemente amenazada por la geoeconomía y el capitalismo internacional), la mercantilización excesiva y desmedida de los bienes esenciales para la vida humana (como los fármacos, los alimentos, los productos químicos que condicionan la producción agrícola), todos sometidos a reglas arbitrarias de propiedad intelectual. Un punto que demuestra también la dirección de estas críticas, es la concepción que poseen los gobiernos progresistas latinoamericanos acerca de la apropiación por parte de las burocracias privadas del discurso de defensa incondicional de la libertad de expresión, cuando en verdad se está defendiendo la libertad de empresa y la libertad de extorsión. En este punto surge la cuestión fundamental acerca del derecho a la información y el cuestionamiento del poder del sector mediático privado en las democracias latinoamericanas. Así, la importancia que se le ha otorgada a la libertad de expresión dentro del marco institucional del SIPDH es uno de los recortes más importantes en los cuales se basan las observaciones del discurso analizado.

Además del discurso del mandatario Correa, que en gran parte sintetiza las ideas que sostienen las críticas del SIDH, existen algunas cuestiones que pueden explicar el malestar “político” hacia el sistema. En este orden de ideas, podemos apreciar que la CIDH, a diferencia de su par europeo, no ha desarrollado doctrinas que respeten la autonomía de los Estados o que promuevan la pluralidad interpretativa (Benavides Casals, 2009, 295–310). Este tipo de doctrinas parecen saludables en un contexto de diversidad cultural, política y social, ya que permiten entregar una respuesta equilibrada a las críticas en contra del déficit democrático de las instituciones internacionales (García y Verdugo, 2011, 6).

4. La necesidad de fortalecer y perfeccionar el sistema

Como anticipáramos, las voces de respaldo del SIPDH surgieron prontamente y desde distintos ámbitos; quizás una de las manifestaciones más contundentes se produjo el 11 de septiembre del 2012, en la ciudad de

Bogotá, cuando se reflejó en el documento “Declaración de Bogotá”. Este pronunciamiento, impulsado por la ONG CEJIL, fue firmado y adherido por ex presidentes, académicos y artistas, entre otros. Su objetivo principal consiste en reafirmar los mecanismos de protección en base a los indudables avances que estos han logrado respecto a los derechos humanos en la región.

Según la Declaración,

los logros del Sistema han sido tangibles: reversión de leyes de amnistía y punto final, abolición en algunos países de prácticas sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otros crímenes de lesa humanidad, así como el procesamiento y sanción de algunos de los máximos responsables por estos crímenes” (Declaración de Bogotá, 2012, 1).

Además, se recalcan

los avances a los que ha contribuido para la erradicación del trabajo esclavo y la protección de grupos en situación de vulnerabilidad (Ídem.),

así como la actuación destacada en marcar las falencias en la administración de justicia, dar guías para las políticas públicas de prevención y protección de derechos fundamentales y en la defensa de la libertad de expresión. También se remarcan algunos aspectos pendientes, entre ellos, la falta de vigencia concreta de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), la existencia de casos graves de inseguridad en distintos Estados Latinoamericanos y la existencia del conflicto armado en Colombia, entre otros.

Respecto del proyecto de reforma se proponen algunas pautas que atienden a no debilitar la fuerza de las decisiones de la CIDH y la Corte Interamericana, garantizando su independencia funcional y política. En este sentido, hay tres aspectos que se destacan: 1) la necesidad de que se perfeccionen los mecanismos de selección de integrantes de la Corte IDH y de la CIDH para que existan verdaderas garantías de transparencia en el

proceso de escogencia en cada país y a nivel regional; 2) que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) cuente con el financiamiento necesario para ofrecer respuestas adecuadas; y 3) que los Estados de la región ratifiquen las convenciones interamericanas de derechos humanos como una clara manifestación de voluntad política de apoyo al SIDH. En este último punto, se pone el acento en demandar al gobierno de EEUU la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al gobierno de Venezuela su reintegro como parte integrante y activo del SIDH.

5. El resultado final: la Resolución 1/13 sobre la Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas

Luego del análisis realizado resulta claro que, el proceso que concluyó con la reforma del reglamento de la CIDH, fue complejo. Desde el punto de vista de los temas que se abordaron en el calendario de reforma, se deduce que no existió un objetivo específico en la deliberaciones, ni temas pautados y acordados de antemano por aquellos que tuvieron a su cargo las discusiones; al contrario, se presentaron una serie de propuestas que respondieron, en todo momento, más al descontento general mostrado por alguno de los Estados parte del SIPDH que a una propuesta definida de reforma. Desde el punto de vista de los actores que tuvieron a su cargo la reforma, también se evidencia un camino complejo, en el cual el impulso de la reforma se disputó entre la propia CIDH y los Estados parte de la OEA. Tampoco podemos olvidar que, la reforma recoge las 53 recomendaciones dirigidas a la CIDH en el Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (aprobado por el Consejo Permanente el 25 de enero de 2012) (OEA/Ser. G, GT/SIDH-13/11 rev.13), los trabajos y conclusiones del Consejo Permanente de la OEA, las observaciones de más de 90 organizaciones de la sociedad civil, entre otras opiniones.

Más allá de todas las deliberaciones, fue finalmente la CIDH quien terminó por definir el contenido de la reforma y, el 31 de octubre de 2012, en el marco de su 146 Período de Sesiones, dio el impulso definitivo para arribar al documento final. El proyecto de reformas al Reglamento, políticas

y prácticas de la CIDH, fue abierto a consultas por un período que duró hasta el 1 de marzo de 2013. Así, luego de todas las discusiones y la multiplicidad de voces expresadas respecto a este asunto, el 18 de marzo de 2013, la CIDH aprobó la Resolución 1/13, sobre la Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas. Por su parte, el 23 de marzo de 2013, la Asamblea General Extraordinaria de la OEA aprobó, por aclamación, una resolución que culmina el proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la CIDH para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

La existencia de un documento final de reforma del reglamento de la CIDH nos permite una visión positiva respecto de todas las discusiones que se llevaron a cabo, entendiendo el buen puerto al que se ha arribado. El análisis detallado de las cuestiones abordadas en la reforma, su puesta en práctica y su recepción por parte de los actores que buscaron estos cambios, constituye un futuro análisis por todos los que reconocen en el SIPDH un espacio valioso para lograr el respeto y pleno goce de los Derechos Humanos y, en este sentido, no se hará esperar.

6. Conclusiones

En este punto, debemos contar con los elementos suficientes para repensar el papel y la interacción de la política en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desde los aspectos intrínsecos de la reforma, las razones alegadas y defendidas discursivamente, y los impulsos contrarios que generan estos últimos. Queda, consecuentemente, abierta la pregunta para repensar este proceso de transformación que seguramente tendrá nuevas novedades.

Desde un punto de vista personal, nos parece importante aportar al debate algunos aspectos que pueden resultar valiosos. Consideramos que se deben reconocer las deficiencias del SIDH, tanto en su funcionamiento burocrático como en la mecánica jurisdiccional propia, que son propias y comunes en todo organismo de este tipo. Al mismo tiempo, es necesario dejar de pensar que los cuestionamientos solamente son un intento de ciertos países –mandatarios en particular– por debilitar y desestabilizar el sistema, e ir más allá, planteando desde su lugar las opciones de mejora

y nuevos esquemas de representación. Por ello, reconocer que vivimos en una época de cambio, donde los esquemas de influencia se han modificado y merecen ser contemplados, puede resultar estratégico. Por supuesto que se corre el riesgo de inclinar el Sistema ante los vaivenes políticos de la región; pero ello es, en nuestra opinión, casi tan peligroso como tratar de sostener un esquema que se muestra claramente foráneo a los ojos de la mayoría de los representantes de aquellos Estados signatarios de la Convención Americana. El nuevo y flamante reglamento parece ser un primer paso en un proceso más amplio de reestructuración del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; en este plano esperamos que sea recibido con buenas críticas por parte de los Estados que bregaron por este cambio y que contribuya a fortalecer la confianza en la CIDH.

7. Bibliografía

- Benavides Casals, María Angélica. 2009. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis* 1 (Año 15).
- Cori, Rodrigo V. 1999. *Los sueños de la razón*. Santiago de Chile: RII Editores.
- García, Francisco y Verdugo, Sergio. 2011. Radiografía política del Sistema Interamericano de DDHH. *Revista Libertad y Desarrollo* Serie Informe Justicia N° 7.
- Gonzales, Felipe. 2010. Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Sur* 13 (Volumen 7).
- Pinto, Mónica. 2009. *Temas de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Proner, Carol. 2012. *¿El Sistema Interamericano de Derechos Humanos debe ser reformado?* ALAI (América Latina en Movimiento). Agencia Latinoamericana de Información. <http://alainet.org/active/55504>
- Svampa, Maristella. 2008. *Cambio de época: movimientos sociales y poder político*. Argentina: Siglo XXI.
- Ventura Robles, Manuel E. 2005. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal per-

manente. *Revista CEJIL, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano* 1 (Año I): 12–26.

Documentos

AG/RES. 2407 (XXXVIII–0/08). Fortalecimiento de los sistemas de derechos humanos en seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas.

AG/RES. 2408 (XXXVIII–0/08). Observaciones y recomendaciones al informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

AG/RES. 2675 (XLI–O/11). Resolución que solicitó al Comité Jurídico Interamericano “la elaboración, de manera prioritaria, de un estudio sobre formas de fortalecer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

AG/INF.478/11 (2011). Declaración del Señor Hugo Martínez, Ministro de Relaciones Exteriores de El Salvador y presidente del cuadragésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General, realizada durante la cuarta sesión plenaria, a continuación de la presentación del Dr. José de Jesús Orozco, primer vicepresidente de la CIDH.

AG/RES. 2761 (XLII–O/12). 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*, aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, Bolivia, 5 de junio de 2012.

AG/RES. 2761 (XLII–O/12). CP/INF.6515/12. Nota del Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al Presidente del Consejo Permanente de la OEA sobre el proceso de seguimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 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*.

AG/RES. 2761 (XLII–O/12). CP/doc. 4787/12 rev. 3 CP/INF.6507/12. Comentarios de Estados Unidos al borrador–propuesta de plan de trabajo para la implementación de la resolución *Seguimiento de las recomendaciones del informe del grupo de trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

- CIDH. 2006. *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev. 1.
- Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. OEA. No. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, Secretaría de la CIDH, San José de Costa Rica.
- Declaración de Bogotá. 2012. *Es hora de defender el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 11 de Septiembre de 2011, Bogotá, Colombia. <http://cejil.org/sites/default/files/2012%2009%2011%20DECLARACI%C3%93N%20DE%20BOGOTA-1.pdf>
- Declaración en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959, Acta Final, Documento OEA/Ser.C/II.5.
- Observaciones al proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. 2012. Documento firmado por más de 90 organizaciones que suscriben un comunicado conjunto, publicado por CEJIL. <http://cejil.org/comunicados/observaciones-al-proceso-de-reflexion-sobre-el-fortalecimiento-del-sistema-interamericano>
- OEA/Ser. G.GT/SIDH-13/11 rev. 2. *Informe del Grupo de Trabajo Especial de reflexión sobre el funcionamiento de la CIDH para el fortalecimiento del SIDH, para la consideración del consejo permanente*. 13 de diciembre de 2011.
- OEA/SER.Q CJI/RES. 192 (LXXX-O/12). *Fortalecimiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos*. México, 9 marzo 2012.
- OEA/SER.G CP/DOC.4711/12. *Informe del secretario general sobre las recomendaciones del grupo de trabajo de reflexión del consejo permanente sobre el funcionamiento de la comisión interamericana de derechos humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de Derechos humanos y del comité jurídico interamericano*. 21 mayo 2012.

Discurso del Relator sobre los Derechos de las personas privadas de libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹

Rodrigo Escobar Gil

Comisionado por el período 2010 a 2014 y Relator especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos en Washington DC.

Resumen: Presentación del Informe Regional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, realizada el 15 de marzo de 2013 en Washington, D.C., en la que, al mismo tiempo, se exhiben los puntos fundamentales del discurso actual de la CIDH relativo a las personas privadas de libertad, con énfasis en el contenido y los alcances del artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, se presentan otros puntos relevantes como el deber del Estado de adoptar políticas públicas integrales orientadas a la gestión penitenciaria, y los principios de transparencia y monitoreo en la gestión penitenciaria.

Palabras clave: Convención Americana sobre Derechos Humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; personas privadas de libertad; políticas públicas; gestión penitenciaria.

Abstract: Presentation of the Regional Report of the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) on the Human Rights of the Persons Deprived of Liberty in the Americas exposed on March 15, 2013 in Washington, DC. It exhibits key points of the current discourse of the IA-

1 El Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CLADH) dispone del permiso para la publicación exclusiva del presente Discurso en esta Revista.

CHR on the detainees, with emphasis on the content and scope of Article 5.6 of the American Convention on Human Rights. There are also other relevant points such as the duty of the State to adopt comprehensive public policies aimed at prison management and the principles of transparency and monitoring of prison management.

Keywords: American Convention on Human Rights; Inter-American Commission on Human Rights; detainees; public policies; prison management.

Artículo recibido: 19/03/13 Aceptado: 24/05/13

1. Desde hace cinco décadas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la CIDH”) ha venido dando seguimiento a la situación de las personas privadas de libertad en las Américas por medio de sus distintos mecanismos tanto contenciosos, como de monitoreo²; sobre todo, a partir del establecimiento en marzo del 2004, de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad (en adelante también, “la Relatoría de PPL o “la Relatoría”)³.

2 Desde sus primeros informes generales de país, por ejemplo de Cuba de 1962 y 1963, y de República Dominicana de 1965 y 1966, la CIDH viene registrando la situación de los derechos humanos de las Personas Privadas de Libertad.

3 Durante el periodo 2004–2012 la Relatoría realizó veintidós visitas de trabajo a quince países del hemisferio: Colombia (2012); Honduras (abril 2012); Uruguay (julio 2011); Suriname (mayo 2011); El Salvador (octubre 2010); Argentina (junio 2010); Ecuador (mayo 2010); Uruguay (mayo 2009); Argentina (abril 2009); Paraguay (septiembre 2008); Chile (agosto 2008); México (agosto 2007); Haití (junio 2007); Argentina (diciembre 2006); Bolivia (noviembre 2006); Brasil (septiembre 2006); Rep. Dominicana (agosto 2006); Colombia (noviembre 2005); Honduras (diciembre 2004); Brasil (junio 2005); Argentina (diciembre 2004); y Guatemala (noviembre 2004). En el curso de estas misiones de trabajo se realizan visitas a penitenciarías, centros de detención, comisarías, estaciones de policía, entre otros, con el objeto de verificar la situación de las personas privadas de libertad en esos lugares; asimismo, se sostienen reuniones con autoridades de alto nivel y organizaciones de la sociedad civil com-

2. Así, la CIDH ha observado que los problemas más graves y extendidos en la región son:

- el hacinamiento y la sobrepoblación⁴;
- las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas, como relativas a la falta de provisión de servicios básicos;
- los altos índices de violencia carcelaria y la falta de control efectivo de las autoridades;
- el empleo de la tortura con fines de investigación criminal, y el uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad de los centros penales;
- el uso excesivo de la detención preventiva, lo cual repercute directamente en la sobrepoblación carcelaria;
- la ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables;
- la falta de programas laborales y educativos, y la ausencia de transparencia en los mecanismos de acceso a estos programas; y
- la corrupción y abusos en la gestión penitenciaria.

3. Estos desafíos en el respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad identificados por la CIDH son fundamentalmente los mismos que han sido sistemáticamente observados en las Américas por los mecanismos de monitoreo de las Naciones Unidas que realizan visitas

prometidas con la situación de las personas privadas de libertad.

4 De hecho, la Comisión Interamericana se viene refiriendo a las graves consecuencias del hacinamiento carcelario en la región desde hace cuarenta y cinco años. Véase a este respecto, CIDH, Informe sobre la Actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.13. Doc 14 Rev. (español), adoptado el 15 de octubre de 1965, Cap. II.A. La Comisión Interamericana reconoce que la construcción de nuevas cárceles es definitivamente una medida necesaria frente a la sobrepoblación carcelaria, sobre todo en situaciones de graves deficiencias en las infraestructuras de los penales; sin embargo, ésta no es una solución sostenible en el tiempo pues no resuelve los problemas que están en la base del aumento de personas privadas de libertad.

a cárceles y centros de detención. La naturaleza de esta situación revela la existencia de serias deficiencias estructurales que afectan gravemente derechos humanos inderogables, como el derecho a la vida y a la integridad personal de los reclusos, e impiden que en la práctica las penas privativas de la libertad cumplan con la finalidad esencial que establece la Convención Americana: la reforma y la readaptación social de los condenados.

4. La Comisión Interamericana considera que esta grave crisis de los sistemas penitenciarios es el resultado de décadas de desatención del problema carcelario por parte de los sucesivos gobiernos de los Estados de la región, y de la apatía de las sociedades, que tradicionalmente han preferido no mirar hacia las cárceles. Así, los centros de privación de libertad se han convertido en ámbitos carentes de monitoreo y fiscalización en los que tradicionalmente ha imperado la arbitrariedad y la corrupción.

5. En este contexto, la Asamblea General de la OEA ha solicitado a la CIDH durante los últimos nueve años que “continúe informando sobre la situación en la que se encuentran las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión en el Hemisferio”; en este sentido, este Informe es un examen racional, desapasionado y sólidamente documentado que constituye una respuesta concreta a dicho mandato. Y del cual los Estados miembros de la OEA, y la comunidad internacional en su conjunto, podrían sacar gran provecho.

6. En lo fundamental, este trabajo persigue dos objetivos, por un lado presentar la realidad penitenciaria en la región (o al menos una parte representativa de la misma), es decir, de alguna forma “desnudar y mostrar esta realidad”; y por el otro, presentar los estándares y avances del derecho internacional de los derechos humanos aplicables a una gran variedad de temas relativos a los derechos de las personas privadas de libertad; con el propósito de formular recomendaciones concretas a los Estados. Recomendaciones que en su mayoría tampoco son nuevas, sino que más bien vienen a reiterar y ampliar lo que en tantas otras ocasiones ya le ha sido indicado a los Estados por la propia Comisión Interamericana y otros organismos de derechos humanos de las Naciones Unidas.

7. El presente Informe se sustenta en tres principios básicos, que a juicio de la Comisión Interamericana constituyen el fundamento axiológico y jurídico de un sistema penitenciario en una sociedad democrática, como lo son:

- (a) *El principio del trato humano*: según el cual, toda persona privada de libertad será tratada con respeto irrestricto de su dignidad y sus derechos fundamentales. Es decir, el hecho de que una persona se encuentre sometida a detención preventiva o a prisión, por la razón que sea no implica que deja de ser sujeto de todos los derechos inherentes a la persona humana y que el Estado está obligado a respetar y garantizar sin discriminación alguna. En este sentido, el principio del trato humano implica además que la reclusión de una persona no debe conllevar a restricciones y sufrimientos que vayan más allá de los que sean propios del hecho mismo de estar privada de libertad.
- (b) *El principio de la posición de garante del Estado*: que el Estado al privar de libertad a una persona asume una posición de garante de sus derechos fundamentales, en particular de sus derechos a la vida y a la integridad personal. En este sentido, el Estado debe ejercer el control efectivo del orden interno de los centros penitenciarios. Esto implica en la práctica, que el Estado no puede permitir que existan sistemas de “autogobierno” o “gobierno compartido” con los reclusos, en los que se permita que éstos administren aspectos esenciales del orden interno de la prisión; es un factor de violencia delegar en los internos funciones tales que impliquen un ejercicio de poder sobre otros internos. Por otro lado, el control efectivo de los centros penales por parte del Estado implica que éste debe prevenir, investigar y sancionar la comisión o planificación de delitos por parte de los propios reclusos desde las cárceles.
- (c) *El principio de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana*: significa, que el respeto de

los derechos humanos de las personas privadas de libertad no está en conflicto con los fines de la seguridad ciudadana, sino que por el contrario es un elemento esencial para su realización. Un sistema penitenciario que funcione adecuadamente es un mecanismo para reducir los índices de reincidencia, y por lo tanto, tiene un claro carácter preventivo en un esquema general de seguridad ciudadana.

8. En cuanto a su contenido, el presente Informe consta de seis capítulos en los que se desarrollan más de veinte subtemas, que van desde consideraciones relativas a temas núcleo, como las violaciones a los derechos a la vida y a la integridad personal, hasta otros de poco desarrollo jurisprudencial, relativos, por ejemplo, a: las condiciones laborales y de idoneidad del personal penitenciario; el ingreso, registro y examen médico inicial de las personas privadas de libertad; el sistema o régimen disciplinario; el aislamiento solitario de personas; los suicidios; las requisas; el transporte y traslado de reclusos; las relaciones familiares de los internos; la provisión de servicios de salud en las cárceles –capítulo éste que fue redactado conjuntamente con la organización Panamericana de la Salud (OPS/PAHO)–.

9. El informe también se refiere al contenido y alcances del artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵, que está dirigido fundamentalmente a establecer la obligación institucional de los Estados de dar a las personas condenadas la asistencia y las oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual y hacer frente de manera positiva a su retorno pleno a la sociedad, así como también implica una prohibición de entorpecer este desarrollo. Es decir, el objeto del artículo 5.6 de la Convención Americana es la persona, lo que implica necesariamente

5 La Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigor en julio de 1978 y actualmente es vinculante para veinticuatro Estados Miembros de la OEA: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

que los reclusos deben tener acceso efectivo a actividades productivas que favorezcan el cumplimiento de estos fines.

10. A modo de conclusión, es preciso resaltar dos deberes fundamentales del Estado en una sociedad democrática:

A. En primer término, los Estados deben adoptar políticas públicas integrales orientadas a superar las graves deficiencias estructurales presentes y lograr que el sistema penitenciario esté realmente orientado al cumplimiento de los fines de las penas privativas de libertad: la rehabilitación de las personas condenadas penalmente. Estas políticas públicas deberán tener las siguientes cuatro características esenciales:

- *Continuidad*: es decir, que sean asumidas como un asunto de Estado y que su ejecución no se vea afectada por los sucesivos cambios de gobierno y de autoridades penitenciarias.
- *Marco jurídico adecuado*: es preciso que exista un marco legal apropiado, que cuente a su vez con una reglamentación que lo instrumentalice.
- *Presupuesto suficiente*: la asignación presupuestaria es el medidor real de la voluntad política de los gobiernos; sin una asignación presupuestaria suficiente, relevante, se limita extremadamente la capacidad de implementación de estas políticas y en gran medida la efectividad de los distintos mecanismos positivos establecidos por la ley.
- *Integración institucional*: la adopción de políticas penitenciarias debe constituir un compromiso que vincule a todas las ramas del poder público, en esta visión integral de las políticas penitenciarias deben considerarse también las consecuencias o el impacto que las reformas penales y la práctica judicial generan en el propio sistema penitenciario.

En este sentido, es importante recordar que el Estado es responsable como un todo del respeto y garantía de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, y por lo tanto no puede considerarse a la institución o entidad directamente encargada de la administración

penitenciaria como el único responsable de lo que ocurra en este ámbito. Asimismo, los Estados deben adoptar las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole conducentes a *estabilizar*, e incluso a *reducir*, el crecimiento de la población penitenciaria, dado que es imposible diseñar e implementar cualquier política pública integral orientada a la gestión penitenciaria y al cumplimiento de los fines de la pena cuando el número de personas que ingresan al sistema penitenciario continúa incrementándose aceleradamente, sobresaturando el sistema.

B. En segundo lugar, los sistemas penitenciarios y, concretamente, los centros de privación de la libertad en sentido amplio, no deben ser ámbitos carentes de monitoreo y fiscalización, como indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bulacio*: “la forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél”⁶. Es preciso, como lo ha dicho el Relator sobre la Tortura de las Naciones Unidas, “sustituir el modelo de opacidad en torno a los lugares de privación de libertad por uno de transparencia”⁷. Igualmente, estoy convencido de que es necesaria una transformación radical del paradigma básico, profundamente arraigado, de que las prisiones, comisarías de policía y otros centros de privación de libertad, incluidos también por ejemplo los hospitales psiquiátricos, son lugares cerrados y secretos en los que se realizan actividades a escondidas de la opinión pública⁸. La forma más eficaz de prevenir la tortura es abrir todos los lugares de privación de libertad a la inspección pública⁹.

6 Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126.

7 ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, A/57/173, adoptado el 2 de julio de 2002, párr. 36.

8 Cfr. ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, A/56/156, adoptado el 3 de julio de 2001, párr. 34.

9 Cfr. ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, A/HRC/13/39, adoptado el 9 de febrero de 2010, párr. 56.

En este sentido, la gestión penitenciaria en general debe regirse por criterios estrictos de transparencia, apertura y monitoreo independiente; lo que no significa que deba existir permisividad absoluta en el ingreso de personas o grupos que aspiren a realizar tareas de monitoreo en las cárceles. De esta manera es importante adelantar una labor de promoción en todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos orientada a que las autoridades cuyas funciones y mandatos establezcan el deber de monitorear la situación de las personas privadas de libertad o la tutela de sus derechos fundamentales (por ejemplo: fiscales, jueces de ejecución, defensores del pueblo, procuradores) los ejerzan de manera efectiva; y al mismo tiempo, que no se impongan restricciones arbitrarias al ingreso de terceras personas u organizaciones que realizan trabajos de derechos humanos en cárceles con apego a las normas legales y reglamentarias vigentes.

La Relatoría de Personas Privadas de Libertad de la CIDH recomienda a las distintas autoridades públicas de los Estados miembro de la OEA, a la sociedad civil, a la academia y a todos las fuerzas sociales, el estudio, promoción y aplicación de las normas, buenas prácticas y estándares contenidos en el presente informe como presupuesto esencial para asegurar el goce efectivo de los derechos de las personas privadas de la libertad, y para la construcción de una sociedad más justa inspirada en principios.

Comentario al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros

Ian Henríquez Herrera

Doctor en Derecho y Magíster en Investigación Jurídica, Universidad de los Andes (Chile). Magíster en Derecho y Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile (Chile). Investigador visitante, George Augusta Universität de Göttingen (Alemania).

Resumen: El presente trabajo es un comentario crítico al fallo de la Corte Interamericana en el caso conocido como *fecundación in vitro*. Para el comentarista, el fallo impresiona como débil en su fundamentación, adolece de errores lógicos y contraviene el propio *corpus juris* internacional que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había venido configurando, entre otras, en materia de reconocimiento de la personalidad jurídica y de igualdad ante la ley. En otro orden, hay aspectos procesales y probatorios en el fallo que padecen, asimismo, de falta de una argumentación consistente.

Palabras clave: fecundación in Vitro; reconocimiento de personalidad jurídica; igualdad ante la ley.

Abstract: The present article is a critical analysis of the judgment of the Inter-American Court in the case known as *in vitro fecundation*. For the author, the Court's ruling is impressive for its weak argumentation, its logical mistakes and its contradiction in light of the very same international *corpus juris* that the International Human Rights Court had elaborated (such as legal personality recognition and equality before the law). Moreover, there are procedural aspects in the ruling that also lack a consistent argumentation.

Keywords: in vitro fecundation; legal personality recognition; equality before the law.

Sumario

1. Introducción
2. Resumen del hecho y del iter procesal
3. Los argumentos de la Corte
 - 3.1 La exclusión del embrión in vitro de la esfera de protección del art. 4.1 de la Convención.
 - 3.2. La inclusión del acceso a las técnicas reproductivas en el derecho a la vida privada y a fundar una familia.
 - 3.3. El análisis de proporcionalidad de la prohibición estatal de acceso a la FIV.
4. Análisis y comentario
 - 4.1. Contra legem, para la Corte no todo ser humano es persona
 - 4.1.1. El reconocimiento de la personalidad jurídica
 - 4.1.2. La exclusión del embrión de la esfera de protección del derecho no satisface el estándar de igualdad ante la ley
 - 4.2. Algunas cuestiones procesales: ¿por qué se privilegió sólo un informe pericial?
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

Con fecha 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”) emitió el fallo en el caso conocido como *fecundación in vitro*, iniciado el 29 de julio de 2011 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“la Comisión”) en contra del Estado de Costa Rica. La Comisión solicitó a la Corte la declaración de responsabilidad internacional del Estado, por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en presunto perjuicio de casi una veintena de personas.

El *quid* del asunto decía relación con la legitimidad o no de la prohibición impuesta en 2000 por la Corte Suprema de Costa Rica a la fecundación *in vitro*, con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de un acto administrativo regulatorio de esta técnica.

Como se sabe, la Corte declaró la responsabilidad del Estado de Costa Rica y ordenó las reparaciones que estimó pertinentes. El fallo, nos parece, amerita un comentario jurídico, toda vez que ha implicado una inflexión importante en la jurisprudencia precedente y se avoca a materias de la mayor relevancia, como la titularidad de los derechos humanos, la esfera de protección del derecho a la vida y la susceptibilidad de supeditarse éste a un balance.

2. Resumen del hecho y del iter procesal

El 15 de marzo de 2000, la Corte Suprema de Costa Rica declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 2409-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, que autorizaba y regulaba la práctica de la fertilización *in vitro* (“FIV”). El 19 de enero de 2001 fue presentado el caso ante la Comisión, la que con fecha 14 de julio de 2010 aprobó el Informe Final de Fondo 85/10, en el que, haciendo lugar a lo solicitado, efectuaba una serie de recomendaciones al Estado de Costa Rica. Luego de tres prórrogas vencidas para el cumplimiento por parte del Estado, la Comisión presentó el caso ante la Corte. La Comisión alegó violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la “FIV” a causa del fallo de la Corte Suprema. Entre otros aspectos, la Comisión señaló que tal prohibición implicó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia, una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, y que esta prohibición habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres. Sobre la base de lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno

Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

La audiencia pública fue celebrada los días 5 y 6 de septiembre de 2012, en la que declararon dos presuntas víctimas y cuatro peritos. La Corte recibió 49 escritos en calidad de *Amicus curiae*.

3. Los argumentos de la Corte

La línea argumental de la Corte sigue principalmente tres derroteros: excluir al embrión *in vitro* de la esfera de protección del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“la Convención”); incluir el acceso a las técnicas reproductivas en el derecho a la vida privada y a fundar una familia; y analizar la proporcionalidad de la medida estatal en entredicho.

3.1 La exclusión del embrión *in vitro* de la esfera de protección del art. 4.1 de la Convención.

La Corte excluyó de la esfera de protección del artículo 4.1. de la Convención al embrión aún no implantado. A tal conclusión arriba luego de hacer uso de los métodos de interpretación correspondientes al derecho de los tratados. En el apartado siguiente analizaremos críticamente los razonamientos de la Corte. Por ahora, describiremos su proceder.

Según el uso corriente de los términos, la Corte entiende el sentido de la norma en cuestión del siguiente modo:

187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no

un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación. Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

188. Por otra parte, respecto a la expresión “en general”, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que significa “en común, generalmente” o “sin especificar ni individualizar cosa alguna”. Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término “en general” se relaciona con la expresión “a partir de la concepción”. La interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones.

189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

La Corte incurre aquí en una clara petición de principios. Hay un error lógico en su argumentación. Para decir que el embrión humano no cabe en la expresión “desde la concepción” es un muy mal argumento sostener que una determinada hormona por la que se detecta la implantación se produce –obviamente– cuando el embrión se implanta en el útero femenino. Si lo que ha querido la Corte argumentar es que, en el

estado actual de la embriología, sólo es posible detectar que ha ocurrido la concepción al interior del cuerpo de la mujer una vez que se detecta la señal de la referida hormona, lo único que puede seguirse de ello es que hay una técnica limitada. Nada aporta ello a la interpretación de la Convención.

Por otra parte, la hipótesis de hecho relevante es diferente a la utilizada por la Corte. La cuestión pertinente dice relación con el embrión extrauterino. Precisamente, en este caso la fusión de las membranas de los gametos masculino y femenino es directamente observable. Nada importa aquí la Gonadotropina Coriónica.

En suma, si se parte, solapada o implícitamente, de la premisa de que concepción es implantación, tiene pertinencia aludir a aquello que aludió la Corte. Pero el punto en cuestión es precisar el alcance de la expresión concepción.

Para la Corte, la aplicación de los otros métodos de interpretación refrenda su conclusión inicial.

En primer término, la Corte hace uso del método histórico, y la conclusión que explicita la Corte al aplicarlo es algo trivial y bastante obvia:

221. La Corte concluye que los trabajos preparatorios indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión “y, en general, desde el momento de la concepción”, ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras “en general”.

Desde luego, si las propuestas de las respectivas delegaciones hubieran prosperado, el texto definitivo no habría sido tal. Así que nada dice con ello la Corte. Pero lo que sí era relevante, y de manera sorprendente la Corte no lo explicita entre sus conclusiones, es que el concebido sí quedó incluido en la esfera de protección de la norma. Esto, que es de Perogrullo, al omitirse invierte los términos del análisis. Una cosa es partir de la base de la protección del concebido e intentar precisar el alcance de la expresión “en general”, y otra muy diversa es poner en entredicho la protección del concebido atendida la expresión “en general”. La Corte hace lo segundo, sin que pueda advertirse el fundamento para ello.

Con ocasión del método sistemático, la Corte arriba a una de sus conclusiones más sorprendentes:

222. La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.

La conclusión a la que arriba la Corte al interpretar este artículo es absurda. No se logra ver de qué modo la expresión: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, cual es el texto objeto de la actividad interpretativa, pueda significar: “el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada”. Es un artificio sin asidero textual siquiera.

La interpretación evolutiva que hace la Corte le lleva a sostener, asimismo, que el embrión humano no puede ser entendido como persona:

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la

mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

En el mismo orden argumental, la Corte aludiendo al principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado concluye que el derecho a la vida no puede ser entendido como un derecho absoluto:

258. Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

Según ha podido advertirse, la Corte, en su esfuerzo interpretativo, excluye de la esfera de aplicación del artículo 4.1. de la Convención al embrión previo a la implantación.

3.2. La inclusión del acceso a las técnicas reproductivas en el derecho a la vida privada y a fundar una familia

Para intentar comprender los fundamentos y alcances del fallo, debe tenerse en debida consideración que la Corte incluye las técnicas repro-

ductivas en el contenido del derecho a la vida privada y a fundar una familia. Se lee en el fallo:

142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar

relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

Como se ve, la Corte expresa que la decisión de ser padre o madre –en términos biológicos, no meramente culturales– cabe bajo la esfera de protección del derecho a la vida privada. Sin perjuicio de que esto amerita un análisis particular, desde ya notamos que ese enunciado la Corte lo extrapola al acceso a técnicas reproductivas. Hay allí un salto lógico carente de justificación. Por cierto, una cosa es la decisión de ser padre o madre, en la que al Estado no le cabe ingerencia, y otra diversa es el acceso a las tecnologías bio reproductivas. Qué decir del salto desde allí hacia el hecho efectivo de llegar a ser padre o madre. Podemos considerar la siguiente analogía: si el acceso a la educación es un derecho, de ello no se sigue la titularidad activa para acceder a las tecnologías de la información, ni menos aún a egresar de una determinada carrera y obtener una titulación.

3.3. El análisis de proporcionalidad de la prohibición estatal de acceso a la FIV

Una tercera línea argumental seguida por la Corte, dice relación con el análisis específico de la proporcionalidad de la afectación de derechos que habría implicado la prohibición de la FIV a causa del fallo de la Corte Suprema. El núcleo de dicha línea puede extraerse de los siguientes considerandos:

314. Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.

315. En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural. La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal.

316. Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.

Cabe notar que sobre la base de la argumentación anterior, la Corte considera innecesario pronunciarse sobre el margen de apreciación interna que le pudo haber cabido al Estado de Costa Rica.

4. Análisis y comentario

Los argumentos de la Corte parecen débiles a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en relación al rol fundamental del reconocimiento del carácter personal de todo ser humano y de la igualdad ante la ley. Asimismo, hay una serie de considerandos que

adolecen, además, de evidentes yerros lógicos. Por otra parte, se echa en falta, más allá de lo aconsejable en un acto de un órgano de jurisdicción, justificaciones también de índole procesal y probatoria, según se mostrará.

4.1. *Contra legem*, para la Corte no todo ser humano es persona¹

Es curioso que el máximo órgano jurisdiccional de la región americana en materia de derechos humanos llegue a sostener que no todo ser humano es persona, contra texto expreso de la Convención (art.1.2). Para apreciar debidamente lo anterior, ha de tenerse claridad respecto del reconocimiento de la personalidad jurídica como criterio básico de inclusión en la esfera de protección a todo ser humano y concatenadamente, respecto de la igualdad ante la ley.

4.1.1. El reconocimiento de la personalidad jurídica

En primer lugar, cabe recordar que, como es obvio, el embrión humano es un ser humano. Esta afirmación, de orden fáctico, no resulta controversial desde el punto de vista fisiológico. Para la embriología contemporánea constituye una afirmación común que el ciclo biológico de la especie zoológica *homo sapiens sapiens moderno* principia con la fecundación (Pearson, 2002, 14-15 y, por todos, Sadler, 1995). Se trata de una constatación empírica. Así, por ejemplo, en Chile, Fernando Zegers –quien inclusive en este caso sirvió de perito por los peticionarios– ha declarado: “*Estamos convencidos de que una nueva vida comienza en la fecundación*” (Croxatto y Zegers, 2004, 400). De igual modo, ha señalado Yuval Levin, miembro del Comité de Bioética de los Estados Unidos de Norteamérica, que es un hecho claro y no controvertido que la vida humana comienza cuando el embrión es creado (Levin, 2007, opinión editorial). El genetista Carlos Valenzuela ha descrito:

c.– Un cigoto humano y un embrión humano son seres humanos bióticos (animados o no, personas o no) que están por nacer [...]; e.–

1 En este punto hemos seguido de cerca *La regla de la ventaja para el concebido en el derecho civil chileno* (Henríquez, 2011, 144-156).

El cigoto humano (óvulo fecundado) es un individuo completo de la especie humana; f.– Los determinantes científicos operacionales que se le exige a cualquier ser vivo para ser un individuo de la especie son: autonomía (procesal), integralidad (todos sus elementos están vinculados a un programa de desarrollo) y completad (genoma completo de la especie en estado funcional para generar el desarrollo de cualquier estado de los individuos de esa especie). El cigoto humano cumple con estos tres requisitos; g.–La constitución del genoma del cigoto por gametos con genomas permutados y recombinantes de ambos progenitores, más sus cambios mutacionales hacen que éste sea un individuo único, irrepetible y autónomo, distinto genéticamente de ambos progenitores; h.– El cigoto humano es un ser humano completo individuo de la especie *Homo sapiens*. Tiene genoma completo de la especie, es una célula que autónomamente se construye y es capaz de de programar y reprogramar su material hereditario y tiene todas sus funciones integradas. Se autodetermina, se autoconstruye y se autoprograma... (Croxatto y Zegers, 2004, 385–386).

A esta afirmación de hecho, no controvertida, se suma una afirmación ahora ya no fáctica, sino normativa, cual es que todo ser humano es persona. Este enunciado normativo está positivado en el artículo 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos². En efecto, el artículo expresa el derecho de todo ser humano doquiera que se encuentre, al reconocimiento de su personalidad jurídica, a su entronización en el mundo del Derecho. Idéntica norma contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 16³, y el mismo contenido se desprende de los artículos 1 N° 2 y N° 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, el art. 1 N° 2 dice que para los efectos de la Convención, “*persona es todo ser humano*”. A su vez, el art. 3 señala que toda

2 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

3 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

persona –es decir, todo ser humano– “*tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”. Este derecho, según el artículo 27 de la Convención Americana, no es susceptible de suspensión alguna. Al discutir la Convención Americana, el entonces Vicepresidente de la Comisión Interamericana Marco Gerardo Monroy Cabra, escribió que la personalidad jurídica incluye el derecho al reconocimiento civil y la capacidad legal⁴. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones ha afirmado que en casos de tortura y desaparición –es decir, cuando a un ser humano se le trata como a una cosa– se vulnera, entre otros derechos, el reconocimiento a la personalidad jurídica.

Ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que excluir a un ser humano del orden jurídico e institucional del Estado, significa “*una negación de su propia existencia como ser humano revestido de personalidad jurídica*”⁵.

Por consiguiente, no cabe bajo ningún respecto excluir a un ser humano del orden jurídico e institucional del Estado, es decir, a ningún ser humano puede desconocérsele su personalidad jurídica. De manera tal que no cabe distingo alguno entre ser humano y sujeto de derecho, o en otros términos, entre ser humano y persona. Un ser humano no puede sino ser persona, nunca puede ser una cosa.

Pedro Nikken, quien fuera Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y juez de la Corte Interamericana, señala que los derechos humanos son aquellos que le corresponden a todo ser humano por el mero hecho de ser tal (Nikken, 1993), afirmación que es pacífica en esta materia. Encontramos asertos de la misma índole en Máximo Pacheco, Diego Uribe, Antonio Cancado y Cecilia Medina, entre otros autores (Cancado, 1996, 84 y 190), (Medina, 1990, 23–28), (Medina y Nash, 2007, 18), (Pacheco, 1976, 26–7), (Pacheco, 1992, VII–XV), (Hübner, 1994, 69–74), (Bidegain et al., 2001, 18), (Bigotte, 2003, 77–97), (Aymerich, 1993,

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1996*, Washington, 1997, p. 341, respuesta de los peticionarios en caso N° 10.675 (informe n° 51/96).

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1996*, Washington, 1997, pp. 393, 406, 418, 495.

5), (Bariffi, 2003, 40). De esto deviene necesariamente que la titularidad jurídica en la esfera de protección de los derechos humanos deriva de un solo requisito: ser humano. Como ha hecho notar R. Spaemann:

Si la pretensión de pertenecer a la sociedad humana quedara al juicio de la mayoría, habríamos de definir en virtud de qué propiedades se posee dignidad humana y se pueden exigir los derechos correspondientes. Pero esto sería suprimir absolutamente la idea misma de derechos humanos (Spaemann, 1998, 98).

De lo anterior, se sigue necesariamente que constatado el *factum* –la existencia de un ser humano– se aplica el criterio normativo: la personalidad jurídica. El aserto “todo ser humano es persona” es perfectamente coherente con la sistemática del derecho internacional de los derechos humanos.

Es clara la sinonimia que emplea la Declaración de 1948 –así como todos los instrumentos de protección general de Derechos Humanos– entre los vocablos ser humano, persona humana, hombre. Conforme las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para interpretar un tratado se debe, de buena fe, atender en primer lugar al sentido corriente de las palabras, teniendo en cuenta su contexto, objeto y fin⁶; y ser humano indica a todo miembro de la especie humana, o, como lo señala el preámbulo de la Declaración Universal, “todos los miembros de la familia humana”. ¿Podría pretender la Declaración excluir a algunos miembros de la especie humana? Es razonable pensar que no. Como elemento interpretativo debe tenerse en consideración el art. 1º de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, que dice:

El Genoma Humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas.

6 Dice el artículo 31 de dicha convención: “Regla general de interpretación. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

El genoma, hoy se sabe, se estructura en la fecundación. Por consiguiente, todo aquel que tenga genoma humano es “miembro de la familia humana”, de lo que se desprende el reconocimiento de su “dignidad y diversidad intrínsecas”.

La interpretación de los Derechos Humanos, tiene además –según la doctrina– reglas específicas: es dinámica, extensiva, protectora y expansiva. La consideración de cada uno de estos aspectos refuerza la sinonimia entre humano y persona (Jacobs, 1996, 26–38), (Buerghental, 1998, 113–15), (Wright, 2001, 47–51), (Medina, 1996, 74 y ss.), (Nogueira, 1997, 140 y ss.), (Buerghental, 1990, 160 y ss.).

Si seguimos las reglas de la tópica jurídica, hemos de aplicar el aforismo *favorabilia amplianda*, es decir, que las normas favorables se interpretan extensivamente, principio que ha sido recogido y sistematizado por la doctrina en materia de derechos humanos. El segundo aforismo interpretativo que la misma doctrina ha afirmado es *pro homini*, por el cual las reglas de estas cartas siempre se interpretan en beneficio del ser humano. En un voto concurrente en el caso “Pelamare vs. Chile”, el juez Sergio García, actual Presidente de la Corte Interamericana, afirma que en caso de duda el criterio hermenéutico ha de ser “el más compatible con la igualdad ante la ley, y por lo tanto, el más favorable al individuo”⁷.

Por todas estas razones, pensamos, queda suficientemente afirmado el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica⁸. Normativamente podemos afirmar: todo ser humano es persona.

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fallo de 22 noviembre 2005, base de datos de la Corte, www.cidh.org.

8 En el concierto europeo la Recomendación N° 1046 de 1986 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su N° 5 señala que desde la fecundación la vida humana se desarrolla de manera continua (“*Considérant que dès la fécondation de l'ovule, la vie humaine se développe de manière continue...*”), y en su n° 10 indica que el embrión humano debe beneficiarse en toda circunstancia del respeto propio de la dignidad humana (“*Considérani que l'embryon et le foetus humains doivent bénéficier en toutes circonstances du respect du á la dignité humaine...*”). La Recomendación 1100 de 1989 reitera estos conceptos, al señalar en el n° 3 que el embrión debe ser

Este es un punto que el fallo de la Corte desatiende.

4.1.2. La exclusión del embrión de la esfera de protección del derecho no satisface el estándar de igualdad ante la ley

A nuestro juicio, la configuración de la personalidad jurídica de todo ser humano se fundamenta, también, en el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación. Si son acertadas tanto la opinión de la doctrina en esta materia como las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la única conclusión coherente es el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano.

El principio de igualdad ante la ley es un principio rector en los derechos humanos:

...un principio fundamental de la teoría de los derechos humanos es el de igualdad, si lo expresamos en términos positivos, o de la no discriminación, si lo expresamos en términos negativos. Si los derechos humanos son aquellos derechos inherentes al ser humano, todos los seres humanos son sus titulares, sin exclusiones (Medina, 1994, 10).

Dicho principio está contenido en todos los instrumentos de pro-

tratado con el respeto de la dignidad humana (*"l'embryon et le fœtus humains doivent être traités dans le respect de la dignité humaine..."*), en el n° 4 que este respeto es propio a toda vida humana (*"et le respect de la dignité humaine inhérente à toute vie..."*), en el n° 6 se considera la conveniencia de definir la protección jurídica acorde al embrión desde la fecundación (*"Considérant qu' il convient de définir la protection juridique à accorder à l' embryon humain dès la fécondation de l' ovule, comme il est prévu dans la Recommandation 1046"*). Muy especialmente debe tenerse en cuenta el fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Vo con France* (53924/00, 8 Julio 2004), en el cual se aceptó que el *nasciturus* está bajo la protección del artículo 2° de la Convención Europea de Derechos Humanos, al rechazarse la excepción *ratione materiae* presentada por el gobierno francés.

tección general de los derechos humanos⁹, los cuales emplean categorías abiertas, mediante la técnica de *clausuli apertus*. Lo denotan expresiones tales como “de cualquier otra índole” u otras equivalentes. Específicamente en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el principio de no discriminación emana de los arts. 1.1 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica. Por el primero, según lo ha entendido la Corte Interamericana, se establece la incompatibilidad *per se* entre un tratamiento discriminatorio y el contenido de la Convención:

todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma¹⁰.

Respecto del segundo –que consagra la igualdad ante la ley– la Corte Interamericana ha manifestado que “dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el art. 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal”¹¹. Resulta especialmente interesante consignar lo que la Corte Interamericana ha entendido por igualdad ante la ley:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a

9 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 2.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art. 2; Convención Europea de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales art. 14; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos art. 2, art. 3; Convención Internacional sobre los Derechos del Niño art 2.1; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, art. 2, etc.

10 Opinión Consultiva N° 4/84, N°53.

11 Opinión Consultiva N° 4/84, N°54.

tratarlos con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza¹².

Por lo pronto, es importante destacar que la misma Corte Interamericana había afirmado la unidad e identidad de naturaleza del género humano. No existen seres humanos más o menos humanos que otros. Para Rafael Nieto, ex Presidente de la Corte Interamericana, nos encontraremos frente a una discriminación odiosa toda vez que una diferencia de tratamiento ataque “la unidad o dignidad de la naturaleza del ser humano” (Nieto, 1993, 127).

Negar la personalidad jurídica del concebido es incompatible con la igualdad ante la ley. No se trata del derecho a voto, ni de obtener licencia para conducir. Se trata de la inclusión en la esfera del derecho como sujeto, y no como objeto. Se trata, pues, de un núcleo radical de juridicidad. Hay aquí una curiosa, pero no por ello menos odiosa, discriminación en función del espacio. Baste pensar si las propias tecnologías reproductivas permitirán en lo futuro el desarrollo extrauterino: jamás habrá implantación y según el criterio de la Corte, entonces, no habrá concepción ni tampoco sujeto protegido por la Convención. Se inaugura por vía jurisprudencial la humanidad de segunda categoría.

4.2. Algunas cuestiones procesales: ¿por qué se privilegió sólo un informe pericial?

En otro orden de cosas, llama de inmediato la atención que el informe pericial del perito Fernando Zegers es citado más de veinte veces a lo largo del fallo, sin que aparezca razón explícita alguna del porqué se privilegió esta opinión por sobre otras de calificados expertos. El punto no es trivial, dado que el perito Zegers precisamente ha centrado su actividad

12 Opinión Consultiva N° 4/84, N° 55.

en la aplicación de biotecnologías reproductivas en humanos. Es decir, es promotor e impulsor de la técnica cuestionada en el presente caso. Para evitar cualquier equívoco, no está en entredicho alguno su competencia técnica o profesional. El reproche que me parece pertinente apunta hacia la Corte: el perito tenía interés en el contencioso y carecía de imparcialidad. Por ende, a lo menos la Corte debió haber expresado razones de dos índoles diversas: la primera, para admitir un perito con interés; la segunda, para privilegiar dicho informe en desmedro de los otros. Nada de eso hizo la Corte.

Me pregunto si en un contencioso entre un pueblo originario que defiende su derecho al agua en contra de una multinacional hidroeléctrica se admitiría, siquiera, y se privilegiaría –más encima–, como perito a un ingeniero consultor de la hidroeléctrica. Es de confiar que no, pero la interrogante que plantea este fallo queda en pie.

En lo puntual, este notorio desequilibrio probatorio tuvo consecuencias relevantes. De hecho, en el considerando 183 la Corte afirma que hay dos posibles hipótesis respecto de lo que debe entenderse por concepción: “algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación [...], mientras que otras consideran que el punto de partida [...] es su implantación”. El hecho es que la literatura en embriología sostiene lo primero. Para fundamentar la segunda hipótesis, la Corte sólo cita el informe del perito Zegers. La Corte pone en un plano de igualdad una afirmación fuerte en el plano científico con una conjetura más bien peregrina en el estado actual de la cuestión, y sólo a partir del referido informe pericial, en desmedro incluso de otros dos (perito Caruso y perito Condic). Lo anterior adquiere todavía otra dimensión si se tiene en cuenta que el propio perito Zegers había sostenido públicamente, previo al juicio, que la vida humana principia en la fecundación (*vid supra*). Todas estas circunstancias requieren una explicación, que el fallo no contiene.

5. Conclusiones

El fallo objeto de este comentario impresiona como débil en su fundamentación. Por lo pronto, adolece de errores estrictamente lógicos, pero

además no parece fiel al corpus juris internacional que la propia Corte había ido configurando, especialmente a propósito del reconocimiento de la personalidad jurídica y de la igualdad ante la ley. Este fallo pone en entredicho la afirmación fundamental de que todo ser humano es persona. Las consecuencias jurídicas –y aun políticas– pueden ser indeseadas y no parecen haber sido suficientemente ponderadas ni sopesadas.

6. Bibliografía

- Aymerich, I. 1993. Génesis de los derechos humanos. En *Manual de derechos humanos*, coordinado por P. Durán. Granada: Comares.
- Bariffi, F. 2003. Sobre la universalidad de los derechos humanos; ¿Universalidad o universalismo? *Revista de derecho* (Temuco) 4.
- Bidegain, C. et al. 2001. *Curso de derecho constitucional*, Tomo 5. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bigotte, M. 2003. Nótula sobre a fundamentação dos direitos humanos. En Ferreira da Cunha et al., *Direitos humanos. Teorias e práticas*. Coimbra: Almedina.
- Buerghental, Thomas. 1998. *International human rights*. Minnesota: West Publishing Company.
- Buerghental, Thomas (edit.). 1990. *La protección de los Derechos Humanos en las Américas*. Civitas: Madrid.
- Cancado, Antonio (edit.). 1996. *Derecho Internacional y Derechos Humanos*. San José-La Haya: IIDH.
- Croxatto, Horacio y Zegers, Fernando. 2004. Anticoncepción de emergencia, ciencia y moral. *Estudios Públicos* 95 (invierno 2004).
- Henríquez Herrera, Ian. 2011. *La regla de la ventaja para el concebido en el derecho civil chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- Hübner, Jorge Iván. 1994. *Los derechos humanos*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Jacobs, F. y R. White. 1996. *The european convention on human rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Levin, Yuval. 2007. A Middle Ground for Stem Cells. *The New York Times*, 19 enero 2007, opinión editorial.

- Medina, Cecilia (edit.). 1990. *Manual internacional de los derechos humanos*. Santiago: Cecilia Medina.
- Medina, Cecilia. 1994. *Constitución, tratados y derechos esenciales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- Medina, Cecilia. 1996. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En *Sistema jurídico y Derechos Humanos*. Santiago: Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.
- Medina, Cecilia y Claudio Nash. 2007. *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Nieto, Rafael. 1993. *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*. Bogotá: IIDH-Temis.
- Nikken, Pedro. 1993. *Antología básica sobre Derechos Humanos*. Costa Rica: IIDH.
- Nogueira, Humberto. 1997. *Dogmática Constitucional*. Talca, Maure: Universidad de Talca.
- Pearson, Helen. 2002. Developmental biology: Your destiny from day one. *Nature* 4 (July).
- Pacheco, Máximo. 1976. *Introducción al derecho*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Pacheco, Máximo. 1992. *Los derechos humanos. Documentos básicos*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Sadler, T.W. 1995. *Langman's medical embryology*, 7ª edición. Baltimore: Williams & Wilkins.
- Spaemann, Robert. 1998. Sobre el Concepto de Dignidad Humana. En Massini, Carlos y Serna, Pedro (editores) *El derecho a la vida*. Pamplona: EUNSA.
- Wright, J. 2001. *Tort law & human rights*, Oregon: Oxford and Portland.

Documentos

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1997. *Informe anual 1996*. Washington, D.C.: CIDH
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fallo de 22 noviembre 2005, base de datos de la Corte, www.cidh.org.

Corte Interamericana de derechos humanos

Opinión Consultiva N° 4/84, N°53.

Opinión Consultiva N° 4/84, N°54.

Opinión Consultiva N° 4/84, N° 55.

Las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Joaquín A. Mejía R.

Doctor y maestro en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Coordinador e investigador del área de derechos humanos del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación y Radio Progreso de la Compañía de Jesús (Honduras).

Resumen: Este artículo analiza las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales a partir del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador. El objetivo de este análisis es determinar la naturaleza y el alcance de las obligaciones estatales derivadas de tales instrumentos, particularmente la obligación de progresividad y su consecuente prohibición de regresividad, tomando en consideración el elemento fáctico de la disponibilidad de recursos.

Palabras clave: derechos económicos, sociales y culturales; artículo 26; desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales; obligaciones estatales de progresividad y no regresividad.

Abstract: This article discusses the obligations of the States in the area of Economic, Social and Cultural Rights (ESCR) derived from Article 26 of the American Convention on Human Rights and Articles 1 and 2 of the Protocol of San Salvador. The objective of this analysis is to determine the nature and scope of the State obligations deriving from such instru-

ments, particularly the obligation of progressiveness and its consequent prohibition of regression, taking into account the resource availability.

Keywords: economic, social and cultural rights; article 26; progressive development of economic, social and cultural rights; state obligations of progressivity/non-regressively.

Artículo recibido: 20/03/13 Aceptado: 24/05/13

Sumario

1. Introducción
2. Obligación general de respetar y garantizar, y su aplicabilidad a la totalidad de la Convención Americana y sus protocolos
3. Naturaleza de la obligación establecida en el artículo 26 de la CADH
4. El alcance de la obligación específica del artículo 26 de la CADH
5. La progresividad a la luz del artículo 26 de la CADH
6. La disponibilidad de recursos
7. Bibliografía

1. Introducción

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH) junto con su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, "Protocolo de San Salvador") constituyen el corazón mismo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, el SIDH) en relación con la promoción y defensa de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, los DESC).

Tradicionalmente, los DESC han sido diferenciados de los civiles y políticos en virtud de las obligaciones que en teoría generan para los Estados; así, a los primeros se les imputa únicamente obligaciones positivas con su consecuente gravamen presupuestario y que los convierte en derechos caros, mientras que a los segundos se les imputa solamente obligaciones

negativas que exigen la mera abstención estatal y que los convierte en derechos baratos. Sin embargo, la práctica en materia de derechos humanos ha demostrado que tal distinción no es absoluta, ya que todos los derechos se caracterizan por estar compuestos de pretensiones híbridas que exigen al Estado, en unos casos actuar y en otros abstenerse, ambas cuestiones con diferentes niveles de gradualidad (Mejía R., 2008, 87–98).

Pese a ello, al momento de elaborar los instrumentos internacionales de derechos humanos se establecieron obligaciones específicas de distinto alcance para los derechos civiles y políticos, y para los DESC. Así por ejemplo, en el ámbito universal los Estados se comprometen a *respetar* y *garantizar* los primeros, y a *adoptar* todas las medidas oportunas para hacerlos efectivos (art. 2 del PIDCP), mientras que en relación con los segundos, el compromiso de los Estados para *garantizarlos* está supeditado a la adopción de medidas hasta el máximo de los recursos disponibles hasta lograr progresivamente su plena efectividad (art. 2 del PIDESC). En otras palabras, en relación con los derechos civiles y políticos se establece la obligación de adoptar medidas *inmediatas* pero en relación con los DESC, la adopción de medidas está condicionada por su *progresividad* y por la disponibilidad de recursos (Mejía, 2011, 42–54).

En el ámbito americano, la obligación establecida en el artículo 26 de la CADH se limita al compromiso de los Estados a adoptar las medidas necesarias 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 OEA, en la medida de los recursos disponibles. En este sentido, la CADH establece una obligación específica de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena realización de los DESC. A su vez, el Protocolo de San Salvador ratifica la obligación estatal de (a) adoptar medidas, (b) de adoptar disposiciones de derecho interno y (c) la obligación de no discriminación.

En lo que sigue analizaremos las obligaciones específicas que los Estados deben cumplir para la efectiva realización de los DESC reconocidos particularmente en la CADH y en el Protocolo de San Salvador.

2. Obligación general de respetar y garantizar, y su aplicabilidad a la totalidad de la Convención Americana y sus protocolos

De la doble obligación general de respetar y garantizar establecidas en el artículo 1 de la CADH surge el deber estatal de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por dicha violación; y a su vez, el deber de garantizar un contenido mínimo esencial (Melish, 2003, 177).

La relevancia de determinar las obligaciones que surgen de los artículos 1 y 2 de la CADH radica en su alcance, en el sentido de (a) si sólo son aplicables al capítulo II de la CADH que contiene derechos civiles y políticos, o (b) si también son aplicables respecto al artículo 26 del capítulo III que consagra “derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA”, y respecto de los DESC reconocidos en el Protocolo de San Salvador.

En relación con la aplicabilidad a todos los derechos establecidos en la CADH, hay que ratificar que este instrumento es claro al señalar que los Estados están en la obligación de respetar “los derechos y libertades reconocidos en ella”, es decir, los derechos consagrados en la Parte II (arts. 2-25) y Parte III (art. 26); la propia Corte IDH ha señalado que

resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”)¹.

1 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 01 de julio de 2009, párr. 100.

Y en relación con la aplicabilidad de las obligaciones generales a los derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador, se debe recordar que un protocolo es un instrumento que complementa un tratado principal de derechos humanos ya existente, y en general puede (a) referirse a una nueva área sustantiva que no fue incluida en el texto original del tratado principal o que fue incluida de manera marginal, o puede (b) referirse a aspectos de procedimiento sobre la forma en que dicho instrumento ha de ser supervisado por un órgano de vigilancia.

En este caso, evidentemente el Protocolo de San Salvador perfecciona a la CADH en materia de DESC, y por ende, es parte integral de la misma. Por todo lo anterior, las obligaciones generales del artículo 1 y 2 de la CADH son aplicables a *todos* los derechos consagrados en ella (arts. 3–26), así como a los reconocidos en el Protocolo de San Salvador, pues el instrumento principal junto con sus protocolos adicionales constituyen un todo normativo.

Para reafirmar la posición anterior, también es preciso remitirnos al artículo 29 de la CADH que refleja el principio *pro homine* en el sentido de que prohíbe “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, la cual contiene un importante número de DESC, y sirve como guía ineludible para identificar los derechos humanos incluidos en la Carta de la OEA. De este modo, “excluir la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Convención significaría adoptar una interpretación que excluya o limite el efecto de la Declaración Americana, frustrando el mandato expreso del artículo 29 inciso d)” (Courtis, 2005, 30–31).

También es preciso señalar que el Protocolo de San Salvador contiene en sus artículos 1 y 2 las obligaciones generales de (a) adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el efectivo goce de los derechos allí contenidos; (b) adecuar el derecho interno estatal a los estándares señalados por dicho instrumento; y (c) garantizar el disfrute de los DESC sin discriminación alguna. En este sentido, además de las obligaciones generales de la CADH que se aplican al artículo 26 y al Protocolo de San Salvador, estas obligaciones específicas deben aplicarse a todos los derechos contenidos en el Protocolo.

Por tanto, teniendo en cuenta que las obligaciones generales derivadas de los artículos 1 y 2 de la CADH también son aplicables al artículo 26 referente a DESC y al Protocolo de San Salvador, las consecuencias jurídicas para la efectividad de estos derechos nos presenta un escenario favorable para lograr su protección eficaz pese a las limitaciones normativas de la CADH y del Protocolo de San Salvador.

3. Naturaleza de la obligación establecida en el artículo 26 de la CADH

El artículo 26 de la CADH establece que

Los Estados Parte 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.

Una primera cuestión importante es la remisión que hace este artículo, ya que no alude a los derechos expresamente reconocidos en la Carta de la OEA, como el derecho al trabajo (art. 45) o el derecho a la educación (art. 49), sino a los derechos implícitos o derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, con lo cual parece que esta formulación sugiere un esfuerzo consciente por no proporcionar una enumeración coherente de los derechos en cuestión; y además, al encontrarse la mayoría de esas normas en el capítulo VII sobre “Desarrollo integral” se corre el riesgo de interpretar que se trata más de objetivos sociales implícitos que de derechos propiamente dichos. Frente a ello, es fundamental determinar si de tales normas se derivan derechos o simples objetivos sociales de política pública.

Sobre la naturaleza del contenido de las normas pertinentes de la Carta

de la OEA, hay que señalar que si bien es un instrumento que consagra fundamentalmente principios, objetivos y medidas de política pública, el carácter convencional del artículo 26 le confiere el carácter de derechos humanos a todas esas normas de las que pueden derivarse DESC (Ibíd., 5–6). La propia CIDH ha reconocido que la reforma efectuada a la Carta de la OEA a través del Protocolo de Buenos Aires, “consagra diferentes derechos económicos, sociales y culturales”².

Por otro lado, la CADH al ser un tratado internacional de derechos humanos, tiene como objeto y fin promover y proteger los derechos de las personas mediante los mecanismos de control establecidos en ella, y que a dicho fin se debe subordinar la interpretación de todas sus disposiciones; en este sentido, sería contradictorio que incluyera dentro de su texto aunque sea por derivación –en este caso el artículo 26– disposiciones relativas a objetivos o metas de política pública y no derechos, ya que es un tipo de instrumento de tipo convencional que por naturaleza consagra derechos y obligaciones.

Por tanto, el artículo 26 al disponer la obligación de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos”, claramente expresa la intención de buscar la protección de los derechos que se derivan de las normas pertinentes de la Carta de la OEA. Además, no tendría sentido argumentar que este artículo fue dispuesto sólo para repetir los términos de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA. Bajo estos parámetros, el “texto de la norma debe ser interpretado de forma tal, que sus términos adquieran sentido y un significado específico” (Abramovich y Rossi, 2004, 463), que no es otro que consagrar derechos que generan obligaciones específicas para los Estados parte en materia de DESC.

Por último, si el artículo 26 activa el proceso de razonamiento por el cual se parte de la proposición aceptada como verdadera de que se pueden derivar derechos de las normas pertinentes de la Carta de la OEA, entonces

2 CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 1999, 26 de febrero de 1999*, Capítulo III: Los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 4.

la existencia de tales derechos –y no principios ni objetivos sociales– es una verdad contenida en la CADH. En consecuencia, el artículo 26 de la CADH no trata solamente “de expresiones programáticas que induzcan políticas públicas, sino de fórmulas normativas que determinan el sentido y el contenido de esas políticas, de las disposiciones en las que éstas se expresan y de los actos en que unas y otras se concretan”³.

Una segunda cuestión importante sobre la remisión del artículo 26 es que tampoco se refiere a los DESC claramente consagrados en la Declaración Americana de los Derechos o Deberes del Hombre, razón por la cual es preciso interpretar dicha remisión en el marco del principio *pro homine* y el principio de interpretación *bona fide*. El primero entendido como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (Pinto, 1997, 163); y el segundo, concebido como la regla general de interpretación que implica interpretar la Convención Americana y sus protocolos “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados).

Aunque éste último principio se aplica a todo tipo de tratados, en materia de derechos humanos la interpretación teleológica tiene una importancia mayor, ya que “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”⁴, razón por

3 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 01 de julio de 2009, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 19.

4 Corte IDH, “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, párr. 24.

la cual instrumentos como la CADH o el Protocolo de San Salvador deben interpretarse y aplicarse teniendo presentes las necesidades de las personas (Cançado, 2001, 48–49).

Bajo estos parámetros, el artículo 26 contiene ciertos términos que conforme a su sentido corriente denotan la existencia de derechos y obligaciones que los Estados se comprometen a satisfacer y cumplir en materia de DESC, por lo que sería erróneo interpretar que en virtud de esta norma los Estados en general sólo reconocen principios y objetivos sociales que no pueden ser catalogados como derechos.

Analizando las normas pertinentes de la Carta reformada de la OEA, encontramos que nos ofrece dos niveles de normas –genéricas y específicas– de las que pueden derivarse DESC. En un primer nivel, se encuentran las normas de los capítulos I (Naturaleza y propósitos) y II (Principios) que establecen disposiciones relacionadas con el desarrollo económico, social y cultural (art. 2.f y h); la erradicación de la pobreza crítica (art. 2.g y 3.f); la eliminación de la pobreza, la justicia y la seguridad sociales (art. 3.j); la cooperación económica para el bienestar y prosperidad de los pueblos (art. 3.k); la no discriminación en el ejercicio de los derechos humanos (art. 3.l); el respeto de la personalidad cultural y la cultura humana (art. 3.m); y la educación (art. 3.n).

Dentro de este mismo grupo se ubican las normas del capítulo VII (Desarrollo integral) relativas a la justicia social y el desarrollo integral en materia económica, social, educacional, cultural, científica y tecnológica (arts. 30–32); “la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de la persona humana” (art. 33); “la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso” (art. 34); los salarios justos, oportunidades laborales y condiciones de trabajo aceptables (art. 34.g); la erradicación del analfabetismo y ampliación universal de las oportunidades educativas (art. 34.h y art. 50); la extensión y aplicación de los conocimientos médicos (art. 34.i); la nutrición adecuada (art. 34.j); la vivienda adecuada para todos (art. 34.k); las condiciones urbanas que posibiliten una vida sana y digna (art. 34.l); la seguridad social (art. 45.h); la debida asistencia legal para que todas las personas puedan hacer valer sus

derechos (art. 45.i); el estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura (arts. 47 y 51); y la satisfacción de las necesidades educacionales, y la preservación del patrimonio cultural de los pueblos (art. 48).

En un nivel más específico y en el que incluso las normas hablan de derechos propiamente dichos, se encuentran las que reconocen el derecho de todas las personas al bienestar material y al desarrollo espiritual “en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica” (art. 45.a); el derecho al trabajo, a condiciones laborales y salarios justos que “aseguren la vida, la salud un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar” (art. 45.b); el derecho de los trabajadores y empleadores a asociarse libremente (art. 45.c); el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores (art. 45.c); el derecho al reconocimiento de la personería jurídica de sus asociaciones y la protección de su libertad e independencia (art. 45.c); el derecho a la educación, especialmente la primaria que debe ser obligatoria y gratuita para la población en edad escolar (art. 49.a). La educación media debe ser extendida progresivamente a la mayor parte posible de la población, y la educación superior debe estar abierta a todos (art. 45.b y c). Finalmente, los derechos de los trabajadores a la seguridad social (art. 46).

En el nivel más específico podemos determinar con claridad (a) los derechos laborales, dentro de los cuales están (a.1) el derecho a condiciones dignas de trabajo, (a.2) el derecho a un salario justo, (a.3) el derecho de huelga, (a.4) el derecho de libertad sindical, y (a.5) el derecho a la negociación colectiva; (b) el derecho a la seguridad social; y (c) el derecho a la educación. En el nivel más genérico, se podrían derivar (d) el derecho a la vivienda deducido del artículo 34 literales *k*) y *l*); (e) el derecho a la alimentación derivado del artículo 34 literal *j*); (f) el derecho a la salud inferido del artículo 34 literales *i*) y *l*) y del artículo 45 literal *h*); y (g) los derechos culturales derivado del artículo 2 literal *m*), de los artículos 30 y 31, y del artículo 48. Finalmente, también se puede inferir (h) el derecho a la no discriminación del artículo 3 literal *l*) y (i) el derecho a la debida asistencia legal del artículo 45 literal *i*), los cuales están muy arraigados

en la cultura jurídica contemporánea y su importancia radica en que son imprescindibles para el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales.

4. El alcance de la obligación específica del artículo 26 de la CADH

Es importante resaltar que el artículo 1 del Protocolo de San Salvador prácticamente reproduce el texto del artículo 26 de la CADH, por lo que el análisis de las obligaciones contenidas en este último, también es extensiva a las del primero.

Artículo 26 de la CADH	Artículo 1 del Protocolo de San Salvador
Los Estados parte 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.	Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

A su vez, algunos puntos del artículo 26 –y por lo tanto, del artículo 1 del Protocolo de San Salvador– son coincidentes con los del artículo 2

de la CADH; por ejemplo, ambos artículos establecen la obligación de los Estados parte de “adoptar providencias” (art. 26) / “adoptar medidas legislativas o de otro carácter” (art. 2) “para lograr [...] la plena efectividad de los derechos [...] por vía legislativa u otros medios apropiados” (art. 26) / “para hacer efectivos tales derechos y libertades” (art. 2). De esta manera, el análisis que realizamos en el apartado 2.2.2 acerca de la obligación de adoptar medidas contenida en el artículo 2, es perfectamente trasladable a la del artículo 26; se puede sostener entonces que la obligación del artículo 2 es un caso de *lex generalis* respecto de los todos los derechos contenidos en la CADH, incluidos los inferidos del artículo 26, mientras que la obligación del artículo 26 es un caso de *lex specialis* respecto de los DESC derivados de las normas pertinentes de la Carta de la OEA.

Ahora bien, mientras la obligación general del artículo 2 se aplica a todos los derechos humanos reconocidos en la CADH, la obligación específica del artículo 26 adapta dicha obligación general a sus particularidades cuando se trata de los DESC. Es decir, los Estados quedan obligados a adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional –especialmente económica y técnica– para lograr la plena efectividad de tales derechos progresivamente y en la medida de los recursos disponibles.

Como vemos, la fórmula del artículo 26 establece claramente la obligación que los Estados deben cumplir, su objetivo, su modalidad, sus vías de aplicación y la condicionalidad de su realización. Así, el contenido de la obligación consiste en “adoptar providencias”, el objetivo es lograr la plena efectividad de los derechos protegidos, la modalidad es de forma progresiva, sus vías de aplicación son la legislativa u otros medios apropiados tanto en el nivel interno como mediante la cooperación internacional, y su realización está condicionada a la medida de los recursos disponibles. Estas nociones de “progresividad” y de “disponibilidad de recursos” han dado lugar a que se considere que la efectividad de los DESC pertenece al ámbito de las aspiraciones políticas y consecuentemente, que son derechos que no generan verdaderas obligaciones que los Estados deben cumplir. Incluso, la CIDH en una temprana posición poco afortunada, señaló que la CADH “adopta la perspectiva de considerar los derechos económicos,

sociales y culturales como objetivos de desarrollo y no como valores en sí mismos”⁵.

Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo ha logrado superar esta visión tan restringida, y en la actualidad puede considerarse insostenible, a tal punto que ya que

La Corte entiende que es reclamable o exigible la observancia del artículo 26 –norma imperiosa, no solo sugerencia política– ante instancias llamadas a pronunciarse sobre ese extremo, en el marco del Derecho interno o en el ámbito externo, conforme a las decisiones constitucionales y a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado. La valoración tiene dos dimensiones: la observancia de la progresividad, atenta al máximo esfuerzo para conseguirla, y la negación de la regresividad, que contraría los postulados y el espíritu del *corpus juris* de los derechos humanos y que también debe ser valorada por las jurisdicciones correspondientes⁶.

5. La progresividad a la luz del artículo 26 de la CADH

El artículo 26 de la CADH, al igual que el artículo 2.1 del PIDESC, establece que la plena efectividad de los DESC se realizará progresivamente teniendo en cuenta las limitaciones de recursos. Aunque el artículo 26 no enumera las medidas específicas de ejecución dejando a la discrecionalidad del Estado la determinación de las medidas administrativas, legislativas o de otro carácter que resulten adecuadas,

... expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales

5 CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983–1984*, 28 septiembre 1984, Capítulo V. II., párr. 4.

6 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros... op. cit.*, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 21.

medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos⁷.

Sin embargo, dicha progresividad no significa que los Estados tengan total discrecionalidad para adoptar las medidas necesarias sin límites en el tiempo en el sentido de poder aplazarlas indefinidamente ni que no tenga la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización de los DESC, ya que cuando ratifican la CADH, asumen la obligación de avanzar continuamente hacia la plena efectividad de los derechos inferidos del artículo 26.

Bajo estos parámetros, el fundamento de la progresividad radica en la obligación de los Estados de asegurar condiciones que, de acuerdo a sus recursos materiales, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de los DESC⁸. Esta obligación de avanzar implica cierta *gradualidad* y de *no regresividad* en la satisfacción de tales derechos, y la idea de *progreso* en el sentido de que el Estado debe mejorar las condiciones de su ejercicio (Abramovich y Courtis, 2004, 93). Tal como lo ha manifestado la CIDH, la noción de desarrollo progresivo de los DESC “exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo”⁹.

En esta línea, los Estados tienen la doble obligación de mejorar continuamente el goce de los DESC (obligación positiva), y de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas (obligación negativa) que reduzcan los niveles de protección de los derechos vigentes o supriman los ya existentes. Bajo estos parámetros, una violación de las obligaciones derivadas de la noción de progresividad puede tener lugar tanto si los Es-

7 CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, 24 de abril 1997, Capítulo II: Introducción. B. El contexto socioeconómico y derechos concomitantes, párr. 14.

8 CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*, 11 de febrero de 1994, (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3.

9 CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia... op. cit.*, Capítulo III: Los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 4.

tados no toman ninguna medida para ir avanzando en el disfrute de los derechos (omisiones), como cuando toman medidas deliberadamente regresivas (acciones); también cuando permanecen pasivos ante el deterioro del nivel de disfrute de los DESC de la población (Sepúlveda, 2006, 124–127).

Al respecto, la CIDH ha señalado que

El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos. Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana¹⁰.

Por su parte, la Corte IDH ha sostenido que en el marco de la flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades que implica la noción de progresividad

... el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos¹¹.

10 CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*, 02 de junio de 2000, Sección II. Capítulo IV. C., párr. 11.

11 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros... op. cit.*, párr. 102.

En este sentido, de cara a la protección judicial o cuasi-judicial de los DESC, la noción de progresividad y la prohibición de regresividad resultan ser una herramienta fundamental para someter a control judicial o cuasi-judicial su cumplimiento por parte del Estado hondureño. En cuanto a la prohibición de regresividad, puede ser aplicada en el campo de los resultados de una política pública (regresividad de resultados) y en el campo de las normas jurídicas (regresividad normativa); en virtud de la primera, una política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados empeoren en comparación con los resultados de un punto de partida temporalmente anterior que ha sido elegido como parámetro. Y en virtud de la segunda, una norma puede ser regresiva si al compararla con la norma que es derogada por ella, suprime, limita o restringe derechos existentes con anterioridad (Courtis, 2006, 3-4).

En línea con lo anterior, la Asamblea General de la OEA ha entendido el principio de progresividad como “el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”; dicho avance debe ser medida con un sistema de indicadores de progreso que permita establecer las distancias entre la situación en la realidad y el estándar deseado; a su vez, ha entendido que la regresividad está prohibida, concebida ésta como “todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido”¹².

Sobre la base de lo anterior, la violación de las obligaciones estatales en virtud del principio de progresividad puede producirse por su acción directa, su inacción u omisión¹³, y por su pasividad frente a violaciones

12 “AG/RES. 2074 (XXXV-O/05). Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”, en Organización de Estados Americanos, *Actas y documentos volumen I AG/DEC. 41 a AG/DEC. 45 (XXXV-O/05). AG/RES. 2061 a AG/RES. 2157 (XXXV-O/05). Textos y certificados de las declaraciones y resoluciones*, Trigésimo quinto período de sesiones, Fort Lauderdale, Florida, Del 5 al 7 de junio de 2005, OEA/Ser.P/XXXV-O.2, Secretaría General, Washington, D. C., 24 de octubre de 2005. Las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 48 y 50.

13 CDESC, *Observación General N° 16 (2005). La igualdad de derechos del hombre y*

perpetradas por terceros, que en el actual proceso de globalización neoliberal se refleja especialmente en el papel de las grandes corporaciones transnacionales cuyo poder es incluso mayor que el de los propios Estados. No obstante, cuando un Estado haya de tomar una medida regresiva a pesar de dicha prohibición, se requiere que lo considere cuidadosamente y lo justifique enteramente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en los instrumentos pertinentes, y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que dispone¹⁴.

Pese a esta excepcionalidad, las medidas regresivas deben considerarse *prima facie* violatorias de las disposiciones de la CADH o del Protocolo de San Salvador, por lo que si los Estados las adoptan, deben demostrar que existe un interés estatal permisible, que la medida tiene un carácter imperioso y que no existen cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión. Tal como lo ha señalado la CIDH, para evaluar si una medida regresiva es compatible con el artículo 26 del Pacto de la CADH se debe “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”¹⁵. La importancia de estas condiciones, limitaciones o razones de peso radica en que los Estados no pueden utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos para adoptar medidas regresivas, sino que debe señalar concretamente qué DESC pueden verse favorecidos con la adopción de tales medidas (Abramovich y Curtis, 2004, 109–110).

Así las cosas, es evidente que la noción de regresividad no siempre

la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 42.

- 14 CDESC, *Observación General N° 3 (1990). La índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, párr. 9; Íd., *Observación General N° 13 (1999). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, párr. 45; Íd., *Observación General N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párr. 32.
- 15 CIDH, *Informe N° 38/09. Caso 12. 670. Admisibilidad y fondo. Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras*. Perú, 27 de marzo de 2009, párr. 141.

debe ser entendida como sinónimo de una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho y en consecuencia, incompatible con el artículo 26 de la CADH, ya que los Estados pueden imponer ciertas restricciones a ciertos DESC siempre y cuando realicen “un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida”¹⁶. Por tanto, la prohibición de regresividad no es absoluta, a menos que la medida tomada afecte la satisfacción de los niveles esenciales de un derecho, frente a los cuales no se admite ningún tipo de restricción.

Asimismo es importante resaltar que aunque la obligación impuesta contempla una realización paulatina de los DESC, también impone varias obligaciones con efecto inmediato, independientemente de la disponibilidad de recursos y del nivel de desarrollo de los Estados Parte.

Tales obligaciones consisten en garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación y en adoptar medidas dentro de un plazo razonablemente breve a partir de la ratificación del instrumento en cuestión, las cuales deben ser “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”. Por tanto, aunque la noción de progresividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de tales derechos generalmente no puede lograrse en un período corto de tiempo, ello no significa que la obligación estatal carezca de todo contenido significativo, sino simplemente que es necesario una cierta flexibilidad “que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”¹⁷.

16 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros...* *op. cit.*, párr. 103; CIDH, *Informe N° 38/09. Caso 12. 670. Admisibilidad y fondo...* *op. cit.*, párr. 140.

17 CDESC, *Observación General N° 3 (1990)*... *op. cit.* Las citas literales corresponden a los párr. 1 y 2, y 9, respectivamente.

6. La disponibilidad de recursos

El artículo 26 de la CADH y el artículo 1 del Protocolo de San Salvador condicionan la adopción de medidas para lograr la plena efectividad de los DESC, a la disponibilidad de recursos. De la lectura de ambos textos se destaca la distinta redacción en este punto, ya que mientras el artículo 26 habla de “en la medida de los recursos disponibles”, el artículo 1 –al igual que el art. 2.1 del PIDESC– habla de “hasta el máximo de los recursos disponibles”, lo cual puede sugerir alguna diferencia sustancial entre ambas disposiciones. Sin embargo, no existe tal divergencia, ya que “la medida de los recursos disponibles” es justamente “el máximo de los recursos disponibles”, no menos, ya que si fuera menos que el máximo, se trataría de la medida que discrecionalmente quisieran los Estados dentro de los recursos de los que disponen. En tal sentido, “[n]o parece ser esa la intención de la norma: la retención discrecional de recursos parece incompatible con el logro progresivo de la plena efectividad de los derechos que surgen del artículo 26” (Courtis, 2005, 50).

Cuando los recursos son escasos, los Estados tienen la obligación mínima de garantizar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de los DESC, pues si la CADH o el Protocolo de San Salvador se interpretaran de tal manera que no establezcan una obligación mínima, carecerían en gran medida de su razón de ser. Evidentemente, cuando se valora si los Estados han cumplido con su obligación, se debe tener en cuenta la limitación de recursos, pero para que puedan justificar su falta de cumplimiento como consecuencia de dicha limitación, los Estados deben demostrar que han “realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”¹⁸, mediante su utilización eficaz y equitativa, y asegurando la igualdad de oportunidades para acceder a tales recursos¹⁹.

En tal sentido, al hacer uso de los recursos disponibles se debe garantizar que toda persona goce de los servicios esenciales para su sub-

18 CDESC, *Observación General N° 3 (1990)*... *op. cit.*, párr. 10.

19 Principios de Limburgo, n° 27.

sistencia puesto que, *prima facie*, los Estados podrían incumplir con esta obligación mínima si un porcentaje importante de su población estuviere privado de las más elementales condiciones de alimentación, atención sanitaria, abrigo, vivienda y enseñanza primaria. Por tanto, aunque los Estados demuestren que los recursos con que cuentan son insuficientes, se mantiene en pie su obligación de asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes; incluso, cuando se estén atravesando tiempos de graves limitaciones de recursos causadas por procesos de ajuste estructural, por recesión económica o por otros factores, los Estados tienen el deber de proteger a los grupos más vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo²⁰.

Bajo estos parámetros y en el marco de los artículos 30 y 32 de la CADH, y del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, los Estados sólo podrían restringir o limitar los DESC de la población si las medidas adoptadas no fueran regresivas, o cuando la limitación tenga por objeto preservar el bienestar general o el bien común dentro de una sociedad democrática, especialmente si es cuestión de proteger los derechos de los sectores más vulnerables de la sociedad.

Así las cosas, la obligación de los Estados de observar y defender los derechos humanos les exige, independientemente del nivel de su desarrollo económico, garantizar un umbral mínimo de esos derechos, cuyo enfoque constituye un parámetro fundamental para vigilar el cumplimiento de dicha obligación. Es preciso señalar que aunque el nivel de desarrollo es un factor a tomar en cuenta en el análisis sobre la vigencia de los DESC, éste no se debe entender como un factor que excluya el deber de los Estados de implementar estos derechos en la mayor medida de sus posibilidades²¹.

Por tanto, la obligación de garantizar los niveles esenciales de un derecho hace que la prohibición de regresividad sea absoluta en ese aspecto

20 CDESC, *Observación General N° 3 (1990)*... *op. cit.*, párr. 11-12.

21 CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*... *op. cit.*, (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3.

y que no tenga justificación siquiera en relación con la disponibilidad de recursos; de esta forma, pese al carácter progresivo de la obligación de implementación de los DESC en virtud del artículo 26 o del artículo 1 del Protocolo de San Salvador, los Estados tienen el deber de garantizar al menos el contenido mínimo de tales derechos, independientemente de su nivel de desarrollo y de la disponibilidad de recursos.

Bajo estos parámetros, los Estados tienen la obligación de satisfacer por lo menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos por el artículo 26 en relación con el Protocolo de San Salvador pues la noción de progresividad se refiere al logro progresivo de su plena efectividad “y no a la progresividad de su respeto o garantía” (CEJIL, 2005, 79). Por tanto, el elemento esencial de la obligación asumida por los Estados en esta materia “es procurar la realización de las aspiraciones sociales y económicas de su pueblo siguiendo un orden que dé prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. La prioridad de “los derechos de supervivencia” y “las necesidades básicas” es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal”²².

Por tanto, desde el momento en que los Estados se comprometen a implementar los DESC, adquieren la obligación de redistribuir paulatinamente la riqueza sobre la base de las necesidades de su población, ya que el principio de progresividad demanda que

... a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. Y, ello, porque garantizar los derechos económicos, sociales y culturales exige en la mayoría de los casos un gasto público destinado a programas sociales. En teoría, la idea es que, cuantos más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales [...] El compromiso de los Estados de tomar medidas con el objetivo de alcanzar progresivamente la realización

22 CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980*, 02 de octubre 1980, Capítulo VI., párr. 6.

plena de los derechos económicos, sociales y culturales exige el uso efectivo de los recursos disponibles para garantizar un nivel de vida mínimo para todos²³.

7. Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Julieta Rossi. 2004. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En Martín, Claudia, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (Compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Universidad Iberoamericana/American University/Fontamara.
- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. 2004. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de Luigi Ferrajoli, 2ª edición. Madrid: Trotta.
- Cançado Trindade, Antonio A. 2001. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, prólogo de Máximo Pacheco Gómez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. 2005. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el sistema interamericano*. San José de Costa Rica: CEJIL.
- Courtis, Christian. 2006. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En Courtis, Christian (Compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Courtis, Christian. 2005. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En Courtis, Cristian, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (Compiladores), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*. México: Porrúa-ITAM.
- Mejía R., Joaquín A. 2008. Avances y desafíos del derecho internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En Luis Fer-

23 CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993...* *op. cit.*, (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3.

- nando García (Coordinador), *Estudios en homenaje al 60 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948–2008)*. México: Universidad Autónoma del Noreste/Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila, FUNDAp.
- Mejía R., Joaquín A. 2011. *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito convencional de la ONU*. Tegucigalpa: Editorial Casa San Ignacio.
- Melish, Tara. 2003. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*. Quito: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES).
- Pinto, Mónica. 1997. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En Abregú, Martín y Christian Courtis, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto/Centro de Estudios Legales y Sociales CELS.
- Sepúlveda, Magdalena. 2006. La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’. En Courtis, Christian (Compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979–1980, 02 de octubre 1980.
- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983–1984, 28 septiembre 1984.
- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, 11 de febrero de 1994.
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 24 de abril 1997.
- Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 1999, 26 de febrero de 1999.

Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, 02 de junio de 2000.

Informe N° 38/09. Caso 12. 670. Admisibilidad y fondo. Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Perú, 27 de marzo de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

“Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.

Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 01 de julio de 2009.

Teoría de los principios y derechos fundamentales en Chile

Pablo Contreras V.¹

Profesor, Magíster en Gobierno y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado (Chile).
Master en Derecho (LL.M.), Mención en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Candidato a Doctor en Derecho (S.J.D.), Northwestern University (Estados Unidos).

Resumen: Se presenta una descripción y análisis de la teoría de los principios en la dogmática y jurisprudencia constitucional chilena. Primero, se clasifica a la doctrina constitucional según el grado de intensidad de recepción de la teoría y su compatibilidad o crítica con la misma. Segundo, se revisa parte de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, enfocándose en los casos de colisión de derechos fundamentales en sentencias de Corte de Apelaciones, Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. Se concluye que el grado de desarrollo y comprensión de la teoría de los principios en Chile es relativamente bajo.

Palabras clave: principios; dogmática constitucional; colisión de derechos; jerarquía de derechos; ponderación.

Abstract: The paper describes and reviews the theory of the principles in the Chilean constitutional literature and case law. First, the paper classifies the scholar work according to their level of intensity in the reception of the theory and their compatibility or critical approach to it. Second, it analyses part of the constitutional jurisprudence about conflicts

1 Deseo agradecer los comentarios y sugerencias de los participantes en el Seminario “La Era de los Principios: Evolución e Impacto de los Principios en el Derecho Chileno”, efectuado en la Universidad Alberto Hurtado el 26 de noviembre de 2009. Especialmente, quisiera agradecer los aportes de Flavia Carbonell y Rodrigo Coloma. Los defectos subsistentes son de exclusiva responsabilidad del autor.

of rights, in the decisions of the Courts of Appeals, Supreme Court and Constitutional Court. From there, it is concluded about the development and comprehension of the principles theory in Chile.

Keywords: legal principles; constitutional jurisprudence; conflicts of rights; hierarchy of rights; balancing.

Artículo recibido: 10/03/13 Aceptado: 24/05/13

Sumario

1. Introducción
2. Sobre el estado de la cuestión en la dogmática chilena
 - 2.1 Niveles de recepción dogmática de la teoría
 - 2.2 Tendencias en la dogmática chilena en relación a la teoría de los principios
3. Sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional chilena
 - 3.1 Las sentencias en materia de recurso de protección
 - 3.2 Las sentencias del Tribunal Constitucional
4. Algunas conclusiones
5. Bibliografía

1. Introducción

El desarrollo del Derecho Constitucional en el último tiempo ha estado marcado por la irrupción del control de constitucionalidad y la resolución de casos constitucionales, en ocasiones conocidos como casos difíciles. En este contexto, la ponderación, como método de aplicación de normas de derecho fundamental, ha cobrado especial vigencia en el debate comparado². Ésta, a su vez, ha descansado en ciertas construcciones teóricas que entienden a las normas como reglas y principios. La tipología

2 Para este tema, y sólo con ánimo referencial, puede revisarse la selección de artículos comprendidos en Carbonell, 2003.

que distingue entre reglas y principios, y el método de ponderación como forma de optimización de los enunciados iusfundamentales, componen el núcleo de lo que se conoce como teoría de los principios.

La distinción entre reglas y principios tiene antecedentes históricos que pueden rastrearse hasta Kant (García Figueroa, 1998, 92 y ss.), pero suele reconocerse a Ronald Dworkin (Dworkin, 1984) su aportación al debate contemporáneo. En el Derecho continental, la teoría de Robert Alexy ha sido una de las propuestas más conocidas en la caracterización y aplicación de los principios a los casos constitucionales (Alexy, 1993, 2002, 2007a). Sin embargo, otros autores han desarrollado también los fundamentos y la operatividad de esta teoría, como Borowski (Borowski, 2002, 2003) en Alemania, Zagrebelsky (Zagrebelsky, 2007) en Italia y Prieto Sanchís (Prieto Sanchís 2000, 2003) en España.

Sucintamente, esta teoría expone que algunas normas revisten la estructura de reglas en virtud de la cual su aplicación responde a una lógica binaria y los conflictos entre estas normas se resuelven en base a los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad. Otras normas tienen la estructura de principios. Los principios se entienden como *mandatos de optimización*, cuya medida de cumplimiento está graduada por las posibilidades fácticas y jurídicas, estas últimas conformadas por las reglas y principios de signo inverso (Alexy, 1993, 86). Su aplicación es gradual y la colisión entre estas normas se resuelve a través de la ponderación de las circunstancias del caso concreto, esto es, la identificación de las condiciones de aplicación de un enunciado de alta indeterminación y la configuración de una relación de prevalencia sujeta a tales condiciones.

En Chile, se suele escuchar sobre la teoría de los principios. Así, por ejemplo, el profesor Aldunate, refiriéndose a la obra de Robert Alexy, ha señalado que su “pronta traducción al castellano [...] unida a su contundente entidad facilitó su rápida y muchas veces acrítica adopción en medios hispanoparlantes. Al menos, con seguridad, en Chile” (Aldunate, 2008, 117). La afirmación suena rotunda: la teoría de los principios parecería reinar el debate constitucional contemporáneo y especialmente en nuestro país. Sin embargo, una mirada reflexiva de las fuentes secundarias que tratan dicha teoría, al menos en Chile, obligan a una conclusión matizada.

A continuación, pasaré a exponer una descripción analítica del estado del arte en Chile, sobre la teoría de los principios, entendida en clave post dworkiniana y basándome fundamentalmente en los trabajos de Robert Alexy.

En el primer apartado de este trabajo, me referiré al impacto que ha tenido en la dogmática constitucional chilena la teoría de los principios. Se utilizan cinco criterios para ello: (a) si sus principales tesis son descritas por esta dogmática, (b) analizadas, (c) aplicadas por la misma o, derechamente, (d) si son rechazadas en clave crítica. Un criterio adicional será de corte negativo y consiste en contrastar si los enunciados de parte de la dogmática nacional, que no se refiere a la teoría en sí, son compatibles o antitéticos con postulados básicos de la teoría de los principios. La revisión se realiza entre los años 1980 y 2010.

El segundo apartado corresponde al examen de *leading cases* de la jurisprudencia constitucional, que resuelven aspectos íntimamente relacionados con la teoría de los principios. Con el objeto de circunscribir la investigación, me referiré a uno de dichos problemas: la colisión de principios³. En consecuencia, el examen de la recepción de la teoría de los principios –tanto en la dogmática constitucional como en la jurisprudencia– se realizará desde la clave de su compatibilidad o no con la resolución de colisiones de derechos.

3 Esto supone renunciar al análisis de al menos dos aspectos de una teoría general que están estrechamente vinculados a la concepción de normas de derecho fundamental como principios: el problema de los límites a los derechos fundamentales y su posible eficacia horizontal. Como es conocido, la teoría alexyana supone una reformulación en clave analítica de la jurisprudencia del TCF alemán, con el objeto de sentar los presupuestos de una parte general para la comprensión de los derechos fundamentales. La concepción de las normas iusfundamentales en clave de principios –entendidos a su vez, como mandatos de optimización– tiene impacto en todos los niveles de dicha parte general. Sin embargo, la colisión de los principios –con la implicancia conceptual de un mandato a ponderar– parece tener protagonismo central en la construcción de la teoría (García Figueroa, 2007, 336-338).

2. Sobre el estado de la cuestión en la dogmática chilena

Para efectos de esta investigación bastará remitirse a un concepto amplio de dogmática, que al menos realice alguna de estas tres actividades: describir el derecho vigente, analizarlo de manera sistemática y elaborar propuestas de solución para casos problemáticos⁴. En esta última categoría de actividades, entenderé que se comprenden al menos dos: la aplicación de una tipología de normas –como es la distinción entre reglas y principios con sus implicancias normativas– o un planteamiento crítico frente a tal distinción y de sus consecuencias, tanto en lo que respecta a los derechos fundamentales como a sus efectos institucionales en las competencias estatales.

2.1 Niveles de recepción dogmática de la teoría

Proponemos una clasificación de la recepción de la teoría mencionada en base a cinco criterios: (a) descripción de la teoría; (b) análisis de la teoría; (c) aplicación de la teoría; (d) crítica de la teoría; (e) postulados antitéticos con la teoría. A modo de advertencia, hay que señalar que no se trata de una tipología exhaustiva de autores, pero permite situar de manera razonable el espectro de posiciones doctrinales. Adicionalmente, la ubicación de cada autor bajo un criterio no es una cuestión mecánica y, en unos casos, requiere explicación adicional. El cuadro de la página siguiente resume la investigación de la doctrina constitucional que se presenta.

4 Sobre esto, véase especialmente a Pezcenik, 2000, 279 y ss.; Alexy, 2007b, 240–242.

Cuadro N° 1: Clasificación de autores según el impacto de la recepción de la teoría de los principios

CRITERIOS	DESCRIPCIÓN	ANÁLISIS	APLICACIÓN	CRÍTICA	ANTÍTESIS
Autores	Squella (2000; 2001);	Alcalde (2008);	Contesse (2002);	Adaros (2001);	Cea (1996; 1999; 2004);
	Vivanco (2006);	Barros (1984);	Contreras (2009);	Aldunate (2005; 2008);	Guzmán (1996);
	Zapata (2008);	Fernández González (2008);	Figueroa (2007);	Atria (2000);	Pfeffer (1998);
	Zúñiga (1998).	Manson (2003); Montero (1996); Nash (2005); Oliva (1996).	Guiloff (2008); Ruiz-Tagle (2001; 2006).	Saffie (2005; 2007); Marshall (2006/07); Orrego (2000); Rodríguez Grez (2004).	Verdugo, et al. (1997).

(a) **Descripción de la teoría de los principios:** bajo esta variable, clasificaré a todos aquellos autores que exponen –aunque sea de manera somera– la distinción entre reglas y principios o detallan alguna de las implicancias de la teoría. Ejemplos de estos autores podrían ser Squella (Squella, 2000, 270 y ss., esp. 282–286) y Vivanco (Vivanco, 2006, 434–438). Vivanco describe resumidamente la distinción entre reglas y principios y explica su relación con la resolución de colisiones entre derechos fundamentales. Sin embargo, no opta ni rechaza la distinción y la metodología de resolución de casos que importa. Squella también describe la teoría en términos generales. Zapata, por otra parte, hace una breve referencia respecto de la distinción entre reglas y principios y aplica esta tipología de normas a algunos de los enunciados iusfundamentales de la Constitución de 1980 (Zapata, 2008, 47, n/p 63). La intensidad leve de la aplicación de la teoría amerita que sea situado entre los autores de corte descriptivos.

Finalmente, Zúñiga hace referencia a la distinción entre reglas y principios aunque no basándose en la obra alexyana, sino que en base a Zagrebelsky (Zúñiga, 1998)⁵.

(b) Análisis de la teoría de los principios: bajo este criterio, clasificaré a todos aquellos autores que no sólo reproducen los aspectos básicos de la teoría, sino que indagan en las consecuencias jurídicas de la misma o en su vinculación con otros problemas, desde interpretación de la Constitución, hasta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Se trata de una comprensión más profunda de la teoría y se utiliza para el examen de casos constitucionales en cuanto a sus resultados y alcances.

En este grupo destaca Barros quien hemos podido identificar como el primero en trasladar esta distinción de normas en clave post-dworkiana en Chile (Barros, 1984). Barros realiza un breve pero ilustrativo análisis de lo que implican las reglas y los principios en un ordenamiento, en la concepción del Derecho, el rol del legislador y de jueces y las consecuencias metódicas que se siguen de la distinción. Si bien reivindica la posición de las reglas en la teoría del Derecho, también afirma las carencias que presentan las corrientes jurídicas analíticas en la identificación de las normas válidas en un ordenamiento determinado (Barros, 1984, 275–279).

Algunos tienen enfoques más específicos en relación a la tipología. Manson, por ejemplo, analiza la aplicación de los principios, su estructura normativa en relación a sus condiciones de aplicación y su identificación en los momentos de interpretar las normas iusfundamentales (Manson, 2003, 182–200).

Otros autores han examinado las implicancias de la teoría en materia de derechos fundamentales. Nash presenta la estructura de los principios a propósito de los debates actuales de estos derechos (Nash, 2005, 81–89), en donde el juez cumple un rol central “al tener que valorar o ponderar dichos principios al resolver materias vinculadas a los derechos fundamentales y por tanto, no solo se constituye en una metodología, sino que al aplicar directamente dichos principios constitucionales en la resolución de los

5 Ya que la tipología y sus aplicaciones es similar, considero correcto clasificar a Zúñiga entre los autores que describen la teoría.

casos, cambia el carácter de la constitución desde un texto programático a uno normativo” (Nash, 2005, 89). Alcalde (2008, 463-484), por otro lado, advierte sobre los riesgos de una interpretación de principios que carezca de un método que permita fundar decisiones racionales en antinomias entre derechos (475-479). Pese a las advertencias, no renuncia absolutamente a la incidencia de los principios en la labor interpretativa (480).

(c) Aplicación de la teoría de los principios: bajo este criterio, se agrupan autores que exponen, analizan y además proponen resolución de problemas jurídicos sobre la base de la teoría de los principios.

Este es un grupo reducido de autores. Contesse revisa en profundidad las tesis de Dworkin y Alexy y luego, en base a ellos, analiza parte de la jurisprudencia constitucional chilena, anotando deficiencias de la jerarquía abstracta de derechos fundamentales o la insuficiencia de argumentación en la solución de colisiones de derechos (Contesse, 2002, 53-93). Figueroa, por otra parte, postula la aplicación de las categorías de principios y reglas para comprender el problema de la jerarquía de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico (Figueroa, 2007, 148-158). Sostiene que, en caso de haber conflicto entre los derechos de un tratado y aquellos reconocidos por la Constitución, se debe evitar criterios de jerarquía, especialidad o temporalidad y aplicar una ponderación entre los mismos (Figueroa, 2007, 157-158).

Ruiz-Tagle (Ruiz-Tagle, 2001, 179-199; *Ibíd.* 2006) tiene una tesis parcialmente distinta: critica las propuestas de resolución de colisiones por parte de la dogmática tradicional y propone esquemas teóricos que pueden aportar a la discusión, contando a Alexy entre ellos. Más aún, aplica la tipología de reglas y principios a disposiciones de la Constitución (Ruiz-Tagle, 2006, 272-273)⁶.

Finalmente, en otro lugar he analizado la distinción entre reglas y principios, sus implicancias en la ponderación y en la eficacia horizontal de derechos, proponiendo recomprender este último problema en base a la teoría alexyana (Contreras, 2009).

6 Sin embargo, plantea ciertas reservas sobre su operatividad para ciertos casos y ciertos enunciados.

(d) Crítica de la teoría principios: bajo este criterio se encuentran autores que rechazan la aplicación de los elementos nucleares de la teoría de los principios., ya sea porque la tipología de la estructura de las normas iusfundamentales es deficiente o por las consecuencias normativas e institucionales que podría generar.

Aldunate explícitamente rechaza la ponderación de derechos fundamentales (Aldunate, 2005, *Ibíd.* 2008, 269–280). Según él, entender los derechos fundamentales “como valores en el plano ontológico y como mandatos de optimización en el plano normativo” importa un menoscabo en la función normativa de los mismos (Aldunate, 2008, 117). Considerarlos como mandatos de optimización permitiría que el intérprete se viese liberado del imperativo de la fundamentación de un deber de comportamiento específico, pudiendo elegir la forma y criterios para la “optimización” de unos derechos respecto de otros (Aldunate, 2008, 118). El rechazo de esta conceptualización de la estructura normativa de los derechos importa también rehuir la ponderación en las colisiones de derechos (Aldunate, 2008, 278–279).

Otros se refieren a la distinción misma entre reglas y principios y sus consecuencias en materia de adjudicación constitucional. Saffie (Saffie, 2005, *Ibíd.* 2007) critica que la identificación de una regla/principio se realice a través de la interpretación (Saffie, 2005, 388) y rechaza que tal teoría permitiría ejercer discrecionalmente potestades jurisdiccionalmente, afectando su rol en un sistema democrático (Saffie, 2005, 390; *Ibíd.* 2007,408). Marshall, por su parte, destaca los problemas competenciales de un tratamiento de derechos bajo la estructura de principios, donde el juez que pondera “y con ese mecanismo determina reglas aplicables a un caso concreto, [e] interviene en el espacio competencial destinado a la decisión legislativa” (Marshall, 2006/2007), 215).

(e) Dogmática antitética con la teoría: finalmente, se agrupan autores que no se refieren a la teoría de principios pero que, sin embargo, sus enunciados dogmáticos son incompatibles con los elementos esenciales de dicha teoría.

La posición dogmática de estos autores está basada en (algunas de) las opiniones de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución

(CENC). Por ejemplo, en la sesión No. 84, el presidente Ortúzar comenzó el debate afirmando que, en primer lugar, “y *por orden de jerarquía*, estaría el derecho a la vida”. Esta afirmación se toma como algo dado y no es rebatida por los comisionados. En la sesión No. 96, el comisionado Guzmán afirmó que “basta con reconocer a un derecho su carácter de consustancial con la naturaleza humana para que todos los que participan de tal rasgo deban valorarse en un pie de igualdad. Nada más inexacto”. Por el contrario, continúa el autor, “el referido carácter jerárquico no permite formular una escala rígida y taxativa y debe reconocer niveles en cada derecho”. “Pienso que sería fácil coincidir en que el derecho a formar una familia y a educar a los hijos es de mayor importancia que el derecho de asociación. O en que el derecho a la libertad personal y no ser privado arbitrariamente de ella alcanza una jerarquía superior al derecho de reunión. O en que el derecho de propiedad encierra relieves más esenciales para el ser humano que el derecho a participar en los asuntos políticos nacionales” (Guzmán, 1996, 152).

Otros autores sostienen que en lo que “atañe a la forma en que deberían agruparse los derechos, hubo consenso en la Comisión [de Estudios para la Nueva Constitución] de que todas las clasificaciones existentes resultaban insatisfactorias y que lo más aconsejable era partir, por orden jerárquico, con el derecho a la vida, las igualdades y las libertades (Sesión no. 84)” (Verdugo et al. 2002, 197). Expresan, a continuación, que el desarrollo dogmático de los derechos fundamentales en la Constitución de 1980 “sigue este ordenamiento con algunas modificaciones que se introducen por razones metodológicas” (Verdugo et al. 2002, 197, n/p 9), validando, al menos implícitamente, tal ordenación en base al criterio jerárquico. Cabe señalar que, si bien se trata de una obra colectiva, es difícil ubicar en Humberto Nogueira íntegramente entre los autores que postulan tesis antitéticas con la teoría de los principios⁷.

7 El caso de Humberto Nogueira es especial, dada la sucesión de obras en las que trata, directa o indirectamente, aspectos relacionados con la teoría de los principios. Si bien la versión que se ha citado de Derecho Constitucional donde participa junto a Verdugo y Pfeffer corresponde a la segunda edición editada en el 2002, en ese mismo

Quizás el principal autor chileno de la tesis de jerarquía de derechos sea José Luis Cea. En reiteradas publicaciones (Cea, 1996, 59–61; *Ibíd.*, 1999, 171–175; *Ibíd.*, 2004, 65–68) ha afirmado una jerarquía abstracta de los derechos fundamentales como forma de resolver una colisión de derechos. ¿Por qué esta tesis es incompatible con la teoría de los principios? En primer lugar, por el mismo reconocimiento de una jerarquía entre derechos que su ubican en el mismo plano normativo o en normas del mismo rango jerárquico. Además, el método de resolución de antinomias propuesto por este autor es antitético con la ponderación. Para Cea, primero debe determinarse si la colisión entre derechos es real o aparente (aunque sin dar criterios para ello). En el caso de colisiones no aparentes, entonces “tiene que admitirse la idea de **jerarquía o gradación**, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos, comenzando por el derecho a la vida y a la integridad personal, continuando con la intimidad y el honor, pasando a la información y reunión, para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes ya ha adquirido o propie-

año el autor sostiene lo siguiente: “[u]na vez ante los dos derechos fundamentales que colisionan, el tribunal debe realizar una tarea de ponderación para decidir cual de los dos ‘derechos’ tiene más fuerza desde la perspectiva del bien común” (Nogueira, 2002, 162). En obras posteriores, ha criticado directamente a la ponderación como método de resolución de conflictos entre derechos fundamentales (Nogueira, 2007, 197–200). Recientemente, a propósito de una sentencia que se revisa más abajo en este trabajo, Nogueira ha sostenido que todos los derechos humanos son derivaciones de la dignidad humana y, por ello, todos “deben ser optimizados y no unos dejar sin efecto a otros” (Nogueira, 2008), énfasis agregado]. Esta última afirmación parece seguir muy de cerca la tesis de Alexy quien, precisamente, concibe a los principios como una estructura normativa de mandatos de optimización. Aldunate (2008, 274) entiende que Nogueira seguiría la tesis de Hesse, respecto de la concordancia práctica de la Constitución. Sin embargo, una vez constatada la diversidad de posiciones del mismo autor en torno a la ponderación y la colisión de derechos, hemos optado por no clasificarlo, puesto que no podemos señalar con meridiana claridad cuál es la posición exacta del autor.

dad” (Cea, 2004, 66, énfasis en el original). Esta tesis ha sido recogida por cierta jurisprudencia que luego es revisada; no obstante, presenta varias dificultades⁸. Ahora bien, respecto de nuestra investigación, esta tesis asume una (incompleta) ordenación jerárquica de derechos que permite la resolución de una colisión no aparente –en los términos de Cea– de derechos. El resultado de ello es que su posición dogmática propone una metodología de resolución de casos constitucionales incompatible con la ponderación en al menos dos consideraciones: primero, al rehuir una evaluación de los elementos del caso concreto y preferir una construcción abstracta de prelación de derechos y, en segundo lugar, al presentar una escala rígida de prevalencia de derechos como jerarquía normativa entre enunciados iusfundamentales.

2.2 Tendencias en la dogmática chilena en relación a la teoría de los principios

De la investigación efectuada, me parece pertinente destacar las siguientes tendencias doctrinales. Primero, la tendencia de recepción de la teoría aparece desde el año 2000 en adelante. La traducción al español de la Teoría de Alexy data de 1993 y ello contribuye a explicar la tardía recepción. La excepción sería Barros quien se remite a los trabajos de Dworkin, principalmente, y las referencias a la obra de Alexy son efectuadas únicamente a la *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Alexy, 2007b). Los autores que postulan la aplicación de la teoría y quienes rechazan la misma se concentran en los años más recientes.

Segundo, la mayoría se ubica en un nivel descriptivo o analítico de la teoría. Esto significa que, básicamente, nuestra doctrina recoge y explica los elementos centrales de la distinción entre reglas y principios pero, por un lado, no proponen enunciados normativos que resuelvan problemas constitucionales en base a dicha distinción o, por el otro, se manifiestan críticos frente a ella. Por lo tanto, la recepción dogmática favorable a la teoría, podríamos decir, es de baja intensidad y es rechazada por un grupo considerable de autores.

8 Véase, a título ejemplar, a Ruiz-Tagle, 2006, 260; Aldunate, 2008, 275.

Tercero, y conectado a lo anterior, los tratadistas chilenos, en general, desarrollan tesis que son críticas o incompatibles con la teoría de los principios. Los autores adoptan una tesis de jerarquía abstracta de derechos fundamentales que son incompatibles con la misma. Aldunate aborda directamente el problema, con una postura crítica y explícita frente a la ponderación de derechos. Por lo tanto, la tendencia a nivel de tratados y manuales de Derecho Constitucional postulan enunciados dogmáticos que no se avienen con la teoría de los principios.

Finalmente, cabe destacar que sólo una posición minoritaria recoge la teoría y la plantea como base metodológica de resolución de problemas constitucionales. Esto desvirtúa lo señalado por Aldunate, al menos en lo que respecta a esta investigación.

3. Sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional chilena

En esta sección, nos enfocaremos en la jurisprudencia constitucional en dos apartados. Primero, analizando algunos casos resueltos por Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, a través del recurso de protección. Luego, examinando algunas sentencias del Tribunal Constitucional. El objeto es identificar si el problema planteado al tribunal ha sido resuelto en los términos de la teoría los principios, es decir, aplicando ponderación y/o la ley de colisión.

3.1 Las sentencias en materia de recurso de protección

El recurso de protección es similar al amparo de derechos fundamentales de muchos países latinoamericanos. Aquí, las Cortes han revisado una vasta cantidad de problemas de relevancia jurídica, sin que todos ellos correspondan a “casos constitucionales”⁹. Sin perjuicio de lo anterior,

9 Hay que tener presente que la utilización del recurso de protección ha servido para ventilar cuestiones que no son propiamente constitucionales. Como señala Correa, en Chile no existen criterios para determinar qué es un caso constitucional y, usualmente, se ha tendido a emplear esta expresión según el tipo de acción o recurso

la doctrina ha analizado algunas sentencias por su particular relevancia para el estudio de los conflictos entre derechos fundamentales. Para esta revisión jurisprudencial, seguiremos de cerca las selecciones de casos que han hecho Contesse (Contesse, 2002, 81–93) y Guiloff (Guiloff, 2008, 171–182). No se trata, por tanto, de una recopilación exhaustiva, sino de un análisis de casos relevantes para evaluar la recepción e impacto de la teoría de los principios.

El primer grupo de casos responden a los límites de la libertad de expresión. El conocido caso de “Impunidad Diplomática”¹⁰ es referencia obligada. El recurso versó sobre la reclamación de tutela de la vida privada y protección de la honra por el empresario Luksic en contra del periodista Martorell, en razón del contenido del libro, intitulado “Impunidad Diplomática” en donde habría referencias a hechos que cabrían dentro del ámbito de la vida privada e íntima del señor Luksic. Se señalaba que se había juntado en ocasiones con el ex-embajador de Argentina en Chile y que incluso le había prestado un departamento del cual era dueño para ciertos fines personales. Se trata, por tanto, de un ejemplo paradigmático respecto a los límites de la libertad de expresión en una sociedad democrática. El caso podría haberse planteado en clave de una colisión de principios, entre el enunciado que recoge el derecho a la honra y la vida privada, por un lado, y el enunciado que recoge la libertad de expresión, por el otro.

La Corte estimó que los hechos contenidos en el libro de Martorell caen en el ámbito de la vida privada de las personas y por ello “no es lícito a su autor divulgarlos a terceros, por encontrarse el ejercicio de su libertad de expresión restringido por un *derecho de mayor jerarquía*, como es el consagrado en el artículo 19 No. 4 de la Carta Fundamental”¹¹. El consentimiento del afectado sería fundamental para divulgar estos hechos y no contar con éste importa un ilícito que escaparía del contenido

que tutela un derecho fundamental. Véase a Correa, 2004, 563.

10 Luksic Craig y otros, con Martorell Cammarella y otros (1993). Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 90, 1993, II, Sección V, 164–174.

11 *Ibíd.* cons. 8°.

protegido de la libertad de expresión. La Corte adopta una jerarquía de derechos de manera abstracta:

Nadie discute que el Constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendiente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y, en seguida, en el número 4, la honra, en circunstancia que la libertad de información está contemplada en el número 12.

Bajo esta ordenación, la Corte resuelve que ha existido una amenaza de afectación de la honra y vida priva de las personas, haciendo que el derecho contenido en el artículo 19 No. 4 prevalezca sobre la libertad de expresión. Es evidente que al definir una jerarquía de derechos en abstracto, obliga a tratar los derechos fundamentales como reglas y no como principios, puesto que imposibilita la dinámica de un mandato de optimización una vez determinadas las condiciones de aplicación del enunciado iusfundamental. La operación de resolución de entre normas, que revisten la estructura de una regla se guía por un esquema de aplicación o no aplicación, dado los criterios de especialidad, temporalidad o jerarquía. En este caso, la jerarquía abstracta exige una aplicación binaria. Este fallo, por lo tanto, es incompatible con la comprensión de los derechos fundamentales como principios, por un lado, y de la resolución de colisiones por la ponderación, por el otro. Esta tesis, además, tiene un componente cognitivo fuerte, a partir del cual se aprehende una prelación abstracta y a priori de los derechos fundamentales y, en base a dicha escala ordinal, se resuelve una antinomia en el discurso de aplicación. Por lo tanto, el problema está resuelto antes de presentarse el caso: si se da la antinomia, se aplica la jerarquía ordinal de los numerales en los que se recogen las normas de derecho fundamental (Ruiz-Tagle, 2001, 186).

En un segundo grupo de casos, encontramos la renuncia a las transfusiones de sangre por consideraciones de conciencia. Hoy este tema debería

estar resuelto por la Ley de Derechos del Paciente. Se trata de ocasiones en las que las Cortes han tenido que resolver si la negativa de una persona a recibir una transfusión de sangre –motivada por una consideración religiosa y amparada en base al artículo 19, número 6 de la Constitución– vulneraba el derecho a la vida invocado a favor del paciente¹². En este grupo de casos, habría una colisión “entre dos derechos fundamentales: por una parte, el derecho a la vida [...] y, por el otro, la libertad de conciencia y de culto del afectado” (Contesse, 2002, 84). Frente a este problema, la Corte de Copiapó resolvió que: “lo que se puede deducir de los antecedentes, el cotejo de los intereses en conflicto, el derecho a la vida y la libertad de conciencia, debe prevalecer el primero de los nombrados porque la recurrida solicitó la atención médica para su hijo, a fin de preservar su salud y conservar su vida, disponiendo el hospital de los elementos humanos y materiales para que el paciente recupere su salud y mantuviera la vida”. Este considerando nos muestra que la Corte tiene una noción de colisión de derechos fundamentales y que para su resolución un derecho debe prevalecer frente a otro. Sin embargo, las razones para construir la relación de prevalencia están ausentes, salvo que se acepte por tales razones (1) la solicitud de atención médica –de lo que no se sigue, necesariamente, la aceptación de cualquier intervención terapéutica– o (2) la existencia de medios para desarrollar las prestaciones de salud –circunstancia fáctica que nada dice sobre lo que es debido en este caso y aún en caso de faltar dichos medios, carece de relevancia normativa para la resolución de la antinomia¹³–. Nuevamente, hay una renuncia a argumentar las condiciones

12 El caso más conocido corresponde a Luz Hidalgo (Director del Hospital de Copiapó) con Bravo Bravo y otro (1992). Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó. Revista Fallos del Mes, No. 404. Un buen recuento jurisprudencial, del cual seguiremos, se encuentra en Tórtora, 2005, y Nogueira, 2007b, 267-272.

13 El mismo problema surge en un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, donde se reconoce la existencia de una colisión de derechos y se rechaza la tesis de jerarquía abstracta, pero que, no obstante, no explicita las condiciones de aplicación en virtud de las cuales un derecho prevalece por sobre el otro. Por el contrario, los ministros entendieron que “el derecho a la vida debe primar o pre-

de prevalencia y, mediante una declaración de la condición “natural” del derecho a la vida, ha resuelto el caso de manera mecánica a favor de la protección de la vida en desmedro de la libertad de conciencia.

En este grupo de casos, por lo tanto, habría una escasez argumentativa en torno a “armonizar” los derechos en base a las circunstancias del caso concreto (Nogueira, 2007b, 271). En otras palabras, no existiría un ejercicio de “poner en la balanza estos intereses y explicarnos por qué la vida pesa más [...] que la posibilidad de libremente ejercitar aquella religión que uno endosa” (Guiloff, 2008, 172). Sólo un número minoritario de sentencias habrían aplicado una lógica de optimización para resguardar, junto a la vida, la libertad de conciencia de los afectados, procurándose haber agotado todas las medidas y alternativas previas a la transfusión (Nogueira, 2007b, 271–272).

Podemos concluir, tras esta breve revisión, que los casos presentan alusiones modestas a la idea de “colisión” de derechos pero no desarrollan, por una parte, el problema constitucional en base a la articulación normativa de dos derechos en disputa, por un lado, ni aplican la ponderación como método de resolución de la antinomia.

3.2 Las sentencias del Tribunal Constitucional

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las colisiones de derechos

No existe en la doctrina un trabajo que estudie la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de colisión de derechos fundamentales. Hasta donde ha alcanzado esta investigación, el único autor que trata parcialmente el punto es Miguel Ángel Fernández. Analizando cuatro sentencias, el autor concluye que el Tribunal no se plantea los asuntos

valecer sobre el derecho a la libertad religiosa, considerando que el hombre posee en cuanto individuo y persona y por ello debe ser protegido y salvaguardado con preeminencia de cualquier otro”. Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 39–2002 (No. Id. Lexis Nexis 26047). Sobre esta sentencia, véase a Tórtora, 2005, 224–225 y Nogueira, 2007b, 270–271.

sometidos a su conocimiento en los términos de una colisión de principios sino que trata, en definitiva, reconducir la argumentación en torno a la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de uno de los derechos en tensión (Fernández, 2008, 147).

Fernández revisa los casos de *Restricción a Catalíticos*¹⁴, *Arrestos por no Pago de Cotizaciones Previsionales*¹⁵, *Pertenencias Mineras*¹⁶ y *Caso TAG*¹⁷. Su análisis, descriptivamente, es correcto: en todas estas sentencias, el Tribunal no hace una contraposición de derechos para afirmar una prevalencia de uno frente al otro. Fernández entiende que estos casos podrían haber sido presentados como casos de colisión de principios, entre libertad ambulatoria y protección del medio ambiente, derecho a la seguridad social y libertad personal y conflictos entre derechos de propiedad de titulares distintos (Fernández, 2008, 143). Sin embargo, en las sentencias se buscó precisar el alcance de los derechos invocados y los deberes estatales en relación con esos derechos. Por ello, por ejemplo, en los casos de *Arrestos por no Pago de Cotizaciones Previsionales*, el Tribunal realiza una labor interpretativa que fija el sentido y alcance de los apremios ilegítimos prohibidos por la Constitución y, adicionalmente, estima que se trata de una limitación de la libertad personal en razón del deber que pesa sobre quien tiene la obligación de tal pago. Por lo tanto, no revisa la proporcionalidad en sentido estricto del apremio –cuestión que requiere ponderar– sino que estima que se trata de una medida autorizada por la legislación y fundada en un fin colectivo, cual es el resguardo del bien común¹⁸.

b) El caso de la “Píldora del Día Después”: el voto de mayoría

Uno de los casos más importantes para esta materia es, además, altamente polémico. Se trata de la sentencia del TC sobre la *Píldora del día*

14 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) Rol 325, de 26 de julio de 2001.

15 STC Rol 576, de 24 de abril de 2007 y Rol 519, de 5 de junio de 2007.

16 STC Rol 589, de 21 de agosto de 2007.

17 STC Rol 546, de 26 de diciembre de 2006.

18 STC Rol 576, *Ibíd.*, cons. 21 y 24.

*después*¹⁹. Quisiera destacar dos aspectos centrales de este fallo, en relación a la recepción de la teoría de los principios en nuestro país.

El primero de ellos se refiere a la construcción discursiva del fallo de mayoría. Ello se efectúa de la siguiente manera: se analizan los aspectos de titularidad del derecho a la vida, su contenido constitucionalmente protegido y de la legitimidad de la intervención de la Administración en éste. En síntesis, se trata de un ejercicio argumentativo que gira siempre y en todos sus considerandos, alrededor de la órbita del derecho a la vida, sin entrar a considerar otros posibles o potenciales enunciados iusfundamentales que podrían tener relevancia constitucional para resolver la controversia. En ninguna parte de la opinión de la mayoría del Tribunal, se citan o se rebaten las pretensiones iusfundamentales a favor de la autonomía de la mujer. Esto no es un reproche que se puede dirigir únicamente al voto de mayoría. De hecho, el voto de minoría del Ministro Vodanovic, opera bajo la misma lógica discursiva, no obstante que invierte los términos normativos de la argumentación: en lugar de referirse al nasciturus y a la protección de la vida, se vuelca únicamente a la autonomía y la dignidad de la mujer y analiza su protección constitucional. Es más, este último voto sostiene, explícitamente que “el interés preponderante –si existiere un conflicto de valores de relevancia constitucional– recae en los derechos fundamentales de la mujer”²⁰.

Con estas dos posiciones, radicalmente opuestas entre sí, quisiera demostrar que el fallo no plantea discursivamente una solución en la clave de una colisión de derechos, ni estructura los argumentos de cada voto en base a una armonización o concordancia práctica de los enunciados iusfundamentales sobre protección de la vida del que está por nacer, por un lado, y de la autonomía de la mujer, por el otro. Al parecer, ambos votos razonan sobre la base de absolutos: vida o autonomía de la mujer²¹.

19 STC Rol 740–2007, de 18 de abril de 2008. Sobre esta sentencia, en general revítese a Nogueira, 2008, Zapata, 2008, y a Marshall et al, 2008.

20 STC Rol 740–2008, cit., Voto de Minoría del Ministro Vodanovic.

21 Esto lo ha señalado expresamente (Zapata, 2008, 564) “lo que no parece constitucionalmente equilibrado, sin embargo, es abordar y resolver este problema razonando

Por lo tanto, los votos aquí revisados que se encargan del problema sustantivo no se encuentran planteados en clave de colisión. Es más, ambos votos no se hacen cargo de argumentos constitucionales relevantes que fueron planteados en el proceso a favor de los intereses de protección de la mujer, por un lado, o del nasciturus, por el otro. En esto, respecto al voto de mayoría, parece existir consenso entre los autores (Nogueira, 2008, 371)²².

Esto refleja que el Tribunal no considera que la distribución del fármaco pueda afectar la autonomía constitucional de mujeres. Con independencia si este último derecho debe prevalecer o no, la ponderación exige mínimamente la identificación de las normas relevantes para la decisión y su articulación normativa en base al contenido constitucionalmente prote-

como si solo existiera el embrión en situación de riesgo, el funcionario público que ejecuta una política y la sociedad interesada en proteger la vida del que está por nacer. Lo que se diga y haga en este terreno tiene que hacerse cargo de que en el centro del conflicto se encuentra aquella mujer –persona libre e igual en dignidad y derechos– que, en razón de los derechos del nasciturus, verá concretamente limitado su abanico de opciones de vida”.

22 “No queda claramente precisado si el tribunal delimita el derecho a la vida señalando el carácter de central de éste dentro del sistema constitucional, lo que pareciera no discutible, o si éste implícitamente busca establecer una jerarquización de derechos estableciendo una escala de derechos más o menos importantes en virtud de lo cual los más importantes podrían dejar sin efecto a los menos importantes, lo que es altamente discutible desde el enfoque de los derechos humanos, donde todos ellos son derivaciones de la dignidad humana y donde ellos deben ser optimizados y no unos dejar sin efecto otros, lo que afecta el principio de unidad de la Constitución y de integridad del ser humano”. (Marshall et al., 2008, 155) “No considera los derechos con los que el orden constitucional protege la autonomía de los ciudadanos para la búsqueda, determinación y realización de un plan de vida que cada uno considere como digno. Ese es un error mayúsculo cuando se trata de interpretar una constitución y un catálogo de derechos que tienen, históricamente, el rol superior de dar protección a la autonomía de los ciudadanos. Que tales derechos existan y deban ser considerados, no tiene por qué significar el triunfo de la autonomía sobre la vida”.

gido de cada derecho. No existiría, por tanto, una estructuración discursiva de la argumentación constitucional que exigiría una teoría de principios.

4. Algunas conclusiones

En primer lugar debe destacarse que, a pesar de una primera errónea impresión, la profundidad y alcance de la teoría de los principios en Chile es de escasa magnitud. Esto es predicable tanto de la dogmática constitucional como de nuestra jurisprudencia.

Adicionalmente, en materia de colisiones de derechos, existen tesis importantes que critican la ponderación y posiciones que abogan por la jerarquización de derechos. En ese entendido, nuestra doctrina actual presenta una pluralidad considerable de propuestas metodológicas de resolución de casos.

Sólo una parte minoritaria de la doctrina aboga por la aplicación de la teoría de los principios en el Derecho constitucional chileno. Son autores que postulan soluciones metodológicas a problemas constitucionales, reaccionando al debate actual y a algunas resoluciones de los tribunales con competencias de control de constitucionalidad.

La jurisprudencia tampoco es recepticia de la teoría. Si bien en algunos fallos se encuentran menciones a “colisiones de derechos”, más relevantes que ello es constatar que los magistrados no resuelven articulando las condiciones de aplicación de los enunciados iusfundamentales ni analizando la restricción de los derechos a través del principio de proporcionalidad.

5. Bibliografía

- Alcalde, Enrique. 2008. Relación entre Valores y Principios Generales de Derecho en la Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales en Chile. *Revista Chilena de Derecho* 3 (Volumen 35).
- Aldunate, Eduardo. 2005. La Colisión de Derechos Fundamentales. *Derecho y Humanidades* 5.

- Aldunate, Eduardo. 2008. *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, Robert. 2002. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, traducido por Carlos Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional* 66 (Año 22).
- Alexy, Robert. 2007a. Sobre los Derechos Constitucionales a Protección. En Alexy, Robert, *Derechos Sociales y Ponderación*, traducido por Rebecca Jowers. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alexy, Robert. 2007b. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª edición, traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atria, Fernando. 2000. Las Circunstancias de la Derrotabilidad. *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso) 45.
- Barros, Enrique. 1984. Reglas y Principios en el Derecho. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 2.
- Borowski, Martin. 2000. La Restricción de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional* 59 (Año 20).
- Borowski, Martin. 2003. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, traducido por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, Miguel. 2003. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Cea, José Luis. 1996. Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno. En Peña, Carlos, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: Corporación de Reparación Nacional.
- Cea, José Luis. 1999. *El Sistema Constitucional de Chile*. Valdivia: Universidad Austral.
- Cea, José Luis. 2004. *Derecho Constitucional Chileno* Tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Contesse, Jorge. 2002. Reglas y Principios en Chile. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 20.
- Contreras, Pablo. 2009. *Poder Privado y Derechos. Eficacia Horizontal y*

- Ponderación de los Derechos Fundamentales*. Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- Correa, Rodrigo. 2004. Derechos Constitucionales. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 1.
- Cristi, Renato. 2000. *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán. Autoridad y Libertad*. Santiago: Lom Ediciones.
- Dworkin, Ronald. 1984. *Los Derechos en Serio*, traducido por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel.
- Evans, Enrique. 2004. *Los Derechos Constitucionales*, 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Fernández González, Miguel Ángel. 2008. Pronunciamientos del TC Relativos a Conflictos entre Derechos Fundamentales. *Revista de Derecho Público* 70.
- Figuroa, Rodolfo. 2007. La Distinción entre Reglas y Principios Aplicada al Problema de la Jerarquía de los Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Chileno. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 25.
- García Figuroa, Alfonso. 1998. *Principios y Positivismo Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Figuroa, Alfonso. 2007. ¿Existen Diferencias entre Reglas y Principios en el Estado Constitucional? Algunas Notas sobre la Teoría de los Principios. En Alexy, Robert, *Derechos Sociales y Ponderación*, traducido por Rebecca Jowers. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Guzmán, Jaime. 1996. *Derecho Político: Apuntes de las Clases del Profesor Jaime Guzmán Errázuriz*. Santiago: Gonzalo Rojas y otros–Universidad Católica de Chile.
- Manson, Manuel. 2003. Los Principios Jurídicos y su Aplicación. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 21.
- Marshall, Pablo. 2006–2007. Los Derechos Fundamentales como Valores. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 10.
- Marshall, Pablo et al. 2008. Sentencia sobre Inconstitucionalidad del Decreto Supremo No. 48 del Ministerio de Salud en la Parte que Autoriza la Distribución de la ‘Píldora del Día Después’ en el Sistema Público de Salud (Tribunal Constitucional). *Revista de Derecho* (Universidad Austral, Buenos Aires 1. (Volumen XXI).

- Mendonca, Daniel. 2000. Balance de Derechos. *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso) 45.
- Montero, Marcelo. 1996. El Concepto de Derecho. El centro de la cuestión. *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso) 41.
- Nash Rojas, Claudio. 2005. Los Derechos Fundamentales: debates actuales y desafíos futuros. *Revista de Derecho Público* 67.
- Nogueira, Humberto. 2002. *El Derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus Límites (Honra y Vida Privada)*. Santiago: Lexis Nexis–Conosur.
- Nogueira, Humberto. 2007a. *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca–Librotecnia.
- Nogueira, Humberto. 2007b. *El Derecho a la Vida*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- Nogueira, Humberto. 2008. Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno sobre el Decreto Supremo que Regula la Distribución de la Píldora del Día Después (Levonogestrel 0.75 MG). *Estudios Constitucionales* 1 (Año 6).
- Oliva, Claudio. 1996. Los Principios de Dworkin y su ubicación en la controversia entre Positivismo Jurídico y Iusnaturalismo”. *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso) 41.
- Orrego, Cristóbal. 2000. Vis Directiva, Vis Coactiva. Principios, Razones, Argumentos y la Fuerza Coactiva del Derecho. *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso) 45.
- Peczenik, Aleksander. 2000. Una Teoría acerca de la Doctrina Jurídica. *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso) 45.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio. 1998. Algunos Criterios que Permiten Solucionar el Conflicto Derivado de la Colisión de Derechos. *Revista Chilena de Derecho* 26, Número especial: Actas de las XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público.
- Prieto Sanchís, Luis. 2000. Observaciones sobre las Antinomias y el Criterio de Ponderación. *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso) 45.
- Prieto Sanchís, Luis. 2003. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.

- Rodríguez Grez, Pablo. 2004. *Teoría de la Interpretación Jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ruiz-Tagle, Pablo. 2001. Una Dogmática General para los Derechos Fundamentales en Chile. *Revista de Derecho Público (Universidad de Chile)* 63 (Tomo I).
- Ruiz-Tagle, Pablo. 2006. Entre el Iusfundamentalismo y la Democracia. En Cristi, Renato y Pablo Ruiz-Tagle, *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago: Lom Ediciones.
- Saffie, Francisco. 2005. Reglas, Principios y Positivismos Éticos. *Derecho y Humanidades* 11.
- Saffie, Francisco. 2007. Sobre la (Irrelevante) Distinción entre Reglas y Principios. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 25.
- Squella, Agustín. 2000. *Introducción al Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Tórtora, Hugo. 2005. El Derecho a la Vida en la Jurisprudencia Constitucional: Aproximación al Análisis de su Delimitación, Limitación y Configuración. *Estudios Constitucionales* 2 (Volumen 3).
- Verdugo, Mario et al. 1994. *Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Vivanco, Ángela. 2006. *Curso de Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Católica. T. I.
- Zagrebelsky, Gustavo. 2007. *El Derecho Dúctil*, 7ª edición, traducido por Marina Gascón. Madrid: Trotta.
- Zapata, Patricio. 2008. *Justicia Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zúñiga, Francisco. 1998. Postmodernidad, Derechos y Constitución (Zagrebelsky como Pretexto). *Revista de Ciencias Sociales (Universidad de Valparaíso)* 43.
- Luksic Craig y otros, con Martorell Cammarella y otros. 1993. Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 90, 1993, II, Sección V.

La justicia contencioso administrativa colombiana y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: reflexiones desde sus mutuas implicaciones

Luis Felipe Viveros Montoya

Abogado, Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Master of Laws, American University Washington College of Law (Estados Unidos). Director del Centro Jurídico de Derechos Humanos de Antioquia y Fundador del Centro de Promoción de Casos de Impacto en Derechos Humanos de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia).

Resumen: El presente artículo tiene por finalidad presentar el desarrollo que la acción de reparación directa colombiana ha tenido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, desde el análisis de su objeto, se sostendrá que la misma ha adquirido un estatus de efectividad complementaria respecto del proceso penal en casos donde se juzga la responsabilidad estatal por alegadas violaciones a los artículos 4 y 5 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de ese tratado; puesto que, por un lado, la jurisdicción contencioso administrativa es el marco apropiado para adjudicar sobre la responsabilidad del Estado como ente moral independiente y autónomo de agentes estatales o particulares que comprometan la responsabilidad de aquél y, por el otro, ha sido la jurisprudencia de esa jurisdicción la que ha hecho posible la realización del principio de reparación integral respecto de víctimas de violaciones de derechos humanos en el nivel nacional colombiano.

Palabras clave: Sistema Interamericano de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; jurisdicción contenciosa administrativa; acción de reparación directa; reparación integral; recursos internos; Colombia.

Abstract: The aim of this paper is to show the development of the Colombian remedy of direct reparation in respect to the Inter-American Human Rights System (IAHRS). In this sense, it will be asserted –from an analysis of its purpose– that said remedy has acquired a status of

complementary effectiveness on the criminal proceedings in cases where State responsibility is judged from its duties under articles 4 and 5 of the American Convention in relation to article 1.1 of that treaty. On one hand, the contentious-administrative jurisdiction is the appropriate setting to adjudicate responsibility to the State as a moral entity (independent and autonomous from both its agents and private citizens that compromise that State's responsibility) and, on the other hand, the jurisprudence of that jurisdiction has made possible the realization of the principle of restitutio in integrum for victims of human rights violations at the Colombian domestic level.

Keywords: Inter-American System of Human Rights; American Convention on Human Rights; contentious-administrative jurisdiction; remedy of direct reparation; restitutio in integrum; domestic remedies; Colombia.

Artículo recibido: 20/05/13 Aceptado: 24/05/13

Sumario

1. Introducción y planteamiento del problema
2. ¿Qué recursos deben agotarse para acceder al Sistema Interamericano?
3. El caso colombiano: recursos internos en eventos de alegadas violaciones al deber de respeto y garantía de los derechos a la vida e integridad personal
4. La acción de reparación directa bajo el prisma del Sistema Interamericano
5. El reconocimiento gradual de la efectividad de la acción de reparación directa por la Corte Interamericana
 - 5.1. El caso Valle Jaramillo
 - 5.2. Los casos Cepeda Vargas y Masacre de Santo Domingo
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. Introducción y planteamiento del problema

El discurso de los derechos humanos es uno que encarna la más importante reivindicación de la humanidad: la de dignidad del individuo frente al poder y, si bien el fundamento filosófico de esta máxima puede ser rastreado hasta inmemoriales tiempos, su concreción jurídica apenas puede ser convenida como fruto de las revoluciones liberales y el advenimiento del Estado Constitucional. Cuál si no fuera una de las mejores manifestaciones de aquella idea que la expresión de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 según la cual “los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo [...] deben estar fundad[o]s desde ahora en principios simples e inalienables”¹ o la condición “auto evidente” de la igualdad del hombre respecto de ciertos derechos inalienables como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad con que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América legitimó su existencia².

La estrategia de garantía de los derechos individuales fue articulada desde la ley y las constituciones nacionales desde el siglo dieciocho pero, como se sabe, no resultó suficiente en los momentos de coyuntura que tuvieron su mayor expresión en las dos guerras mundiales del siglo pasado. En ese contexto fue precisamente que el derecho internacional público se arrojó por finalidad la salvaguarda de los derechos humanos y que “casi toda organización internacional, regional y global, adoptó normas de derechos humanos y respondió a violaciones de [éstos] abriendo caminos para la reparación de individuos cuyos derechos hayan sido quebrantados y no hayan tenido recursos de acuerdo al derecho interno” (Shelton, 1999,

1 Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, visitado el 1 de mayo de 2013, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

2 “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness”, Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América 4 de julio de 1776, visitado el 1 de mayo de 2013, http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html

1-2). En las Américas la manifestación regional de este fenómeno está en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que tiene por elementos sobresalientes, entre otros, a la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a sus dos órganos de protección y supervisión: la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” y “la Corte”).

Una de las más importantes expresiones del derecho internacional de los derechos humanos ha sido, en nuestra opinión, la de la construcción de una doctrina de estándares en materia de reparaciones que, si bien no tiene una estructura interna coherente en la jurisprudencia interamericana, si ha reconocido que el principio de reparación integral ha de tener en cuenta la especial naturaleza de los casos que involucran la violación de derechos humanos. Así, la Corte Internacional de Justicia, además de dimensionar el *restitutio in integrum* como un principio general de derecho internacional y una concepción general del derecho³, también ha dicho que, en virtud de la especial naturaleza de las obligaciones que recaen sobre los Estados frente a personas naturales, éstas tienen alcance *erga omnes* y su protección concierne a todas las naciones⁴.

La naturaleza de las reparaciones en la materia ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con especial profundidad y creatividad –si bien no siempre con fortuna– en contraste con su par europeo que defiere al derecho interno del país en cuestión para determinar las medidas de reparación en el marco de casos contenciosos (Rousset, 2011, 61).

No corresponde acá hacer un análisis sobre el fundamento filosófico de la obligación de reparar consagrado en el artículo 63.1 de la Convención⁵, ni sobre la debatida autonomía en la jurisprudencia de la Corte del

3 *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 29.

4 *International Court of Justice, Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belgium v. Spain)*, 1970 I.C.J. 4, p. 32.

5 “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen

derecho a la reparación, que cuando escribimos estas líneas está siendo debatida en el Caso García Lucero⁶. Al contrario, nos permitiremos proponer acá una cuestión que, estando relacionada con todo lo que se ha dicho, tiene un alcance si se quiere más modesto en el plano académico, pero cuanto más significativo desde la cotidiana aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en ordenamientos jurídicos nacionales, así como en las condiciones de admisibilidad de causas por parte de la Comisión.

Se trata de dilucidar si, aceptando que existe una obligación de reparar derivada de la Convención Americana y, teniendo en el horizonte que el Sistema Interamericano lo es subsidiariamente de los sistemas de administración de justicia nacionales, existe la obligación, por parte de las presuntas víctimas o sus representantes, de proponer recursos ante la justicia contencioso administrativa que permitan dilucidar la responsabilidad estatal como ente moral y, consecuentemente, que éste cumpla con su obligación de reparar de acuerdo a estándares internacionales en la materia. Por supuesto que no se trata apenas de un problema de admisibilidad en el sistema, pero también de cumplimiento del deber de adelantar control de convencionalidad del juez de lo contencioso administrativo cuando adjudica en causas donde se alega el incumplimiento estatal de garantías y libertades protegidas internacionalmente, sin que lo anterior signifique la alternatividad de este tipo de recursos respecto del proceso penal sino, más bien, su complementariedad derivada del objeto concreto de cada uno de ellos.

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”, visitado el 1 de mayo de 2013, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

6 En su escrito de sometimiento del caso ante la Corte Interamericana, la Comisión señaló que el caso “permitir[ía] a la Corte desarrollar su jurisprudencia sobre el alcance del deber de garantía del derecho a la integridad personal, en sus componentes de reparación e investigación”, visitado el 1 de mayo de 2013, <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.519Esp.pdf>

No sobra advertir al lector de éste artículo que, tratándose de cuestión que involucra un análisis de acciones judiciales en el derecho interno, las presentes líneas si apenas pueden tener por expectativa la proposición de conclusiones que, desde el método inductivo y desde la experiencia del derecho colombiano, permitan un análisis crítico de la situación de otros países frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto de los temas gruesos que hemos referido.

Por último, corresponde advertir que para efectos del presente escrito, las referencias al recurso contencioso administrativo colombiano –denominación imprecisa por cierto– están circunscritas estrictamente a la acción de reparación directa, cuyo objeto se detallará infra.

2. ¿Qué recursos deben agotarse para acceder al Sistema Interamericano?

El artículo 46.1, que establece los requisitos de admisibilidad de una petición, establece en el literal a) que “deben ha[berse] interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”. Como se sabe, este requisito de admisibilidad se ha convertido en una de las excepciones preliminares más ampliamente invocadas por los Estados ante la Corte⁷, y su análisis involucra la efectividad del recurso o recursos que se invocan como no agotados en el marco de las excepciones del artículo 46.2 convencional.

7 Así, consta que en 11 de las últimas 35 sentencias de fondo de la Corte se ha interpuesto la excepción de falta de agotamiento de recursos de derecho interno. Cfr. Corte I.D.H., Caso Masacre Santo Domingo Vs. Colombia. Serie C No. 259; Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”). Serie C No. 257; Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Serie C No. 246; Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Serie C No. 244; Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Serie C No. 240; Caso Grande Vs. Argentina. Serie C No. 231; Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Serie C No. 228; Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Serie C No. 227; Caso Vera Vera y otros Vs. Ecuador. Serie C No. 226; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Serie C No. 219; y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Serie C No. 218.

La lógica que sustenta la regla del agotamiento previo de recursos internos no es otra que el principio de subsidiariedad, reconocido en el preámbulo de la Convención Americana (Faúndez Ledesma, 2007, 41) y que en la jurisprudencia de la Corte ha sido articulada de la siguiente manera:

[L]a regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios⁸.

La Comisión ha desarrollado este punto en su jurisprudencia sobre admisibilidad haciendo siempre salvedad de que el análisis sobre la regla de agotamiento de recursos internos y sus excepciones tiene autonomía respecto del juicio de convencionalidad sustantivo en materia de garantías de acceso a la justicia⁹. En ese sentido la CIDH, interpretando lo que la Corte sentó en una de sus primeras sentencias¹⁰, expresó que “sólo

8 Cfr. Corte I.D.H., Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 22 (citando Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 21, y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 23).

9 Cfr. CIDH, Informe de Admisibilidad No. 12/12, Petición 1447-05, Colombia, párr. 31.

10 La CIDH cita la primera sentencia de fondo de la Corte que en su párrafo 64 dijo: “Que [los recursos] sean adecuados significa que la función de [éstos], dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable [...]”. Cfr. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, op. cit., párr. 64.

deben ser agotados los recursos adecuados para subsanar las violaciones presuntamente cometidas”¹¹. La fórmula de Velásquez Rodríguez, que fue recogida de nuevo por la Corte dieciocho años después en el Caso de las Masacres de Ituango, fue sin embargo complementada por un criterio de la Corte Europea, expresando entonces que:

[S]in perjuicio de la posibilidad de que todos los recursos disponibles en el derecho interno puedan, en determinadas circunstancias, satisfacer de una manera colectiva los requerimientos establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención, incluso si ninguno de ellos, en lo individual, cumpla de una manera integral con dichas disposiciones¹².

Una apropiada aprehensión de la regla de agotamiento de recursos internos, que además sea coherente con el principio de subsidiariedad, obliga entonces la interposición del recurso o recursos que, individual o conjuntamente, fueran adecuados para enmendar las violaciones que se alegan cometidas. Así las cosas, la competencia de los órganos de supervisión y protección del Sistema está condicionada por esta regla. En consecuencia, si no se agota un recurso que, siendo adecuado para remediar una violación alegada ante el Sistema, no podría la Comisión ni la Corte adjudicar de fondo sobre la misma.

El juicio de admisibilidad requiere, entonces, analizar cuáles son las violaciones alegadas y cuáles los recursos que el derecho nacional pone a disposición de la presunta víctima, de manera que aquellos que se constituyan como medios adecuados, de acuerdo al estándar fijado por la Corte¹³,

11 Informe de Admisibilidad No. 12/12, op. cit., párr. 27.

12 Cfr. Corte I.D.H., Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 288. (Citando mutatis mutandi Eur.C.H.R., Öneriyildiz vs. Turkey, No. 48939/99, Judgment of 18 June 2002, párr. 100).

13 Según la Corte: “[...] no basta con que [el recurso] previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos

tienen que ser interpuestos y agotados. Recientemente la Corte reiteró que:

Lo anterior significa que no sólo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención¹⁴.

En ese sentido, la conclusión sobre si un recurso de derecho doméstico es adecuado y por tanto debe ser agotado, está supeditada a un análisis del derecho nacional concreto y enmarcado en los hechos de cada caso, de manera que, en principio, la regla en esta materia tendrá siempre alcances relativos no extrapolables *prima facie* a hipótesis relativas a otro país.

3. El caso colombiano: recursos internos en eventos de alegadas violaciones al deber de respeto y garantía de los derechos a la vida e integridad personal

Según lo que hemos dicho, el análisis de los recursos que han de agotarse está circunscrito a dos variables fundamentales: los hechos y violaciones a derechos humanos alegados por un lado y, por el otro, el catálogo de recursos que el derecho doméstico en cuestión ponga a disposición de las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos.

Sirva proponer como premisa para lo que se sigue que todas las causas que han sido sometidas a la jurisdicción de la Corte Interamericana respecto de Colombia involucran el alegado desconocimiento de los deberes de

y proveer lo necesario para remediarla”. Entre otras: Cfr. Corte I.D.H., Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr 102; y Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

14 Cfr. Corte I.D.H., Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”), op. cit., párr. 22 (citando Caso Velásquez Rodríguez op. cit., párr. 23, y Caso Furlan y Familiares op. cit, párr. 23).

respeto y garantía en relación con los derechos a la vida e integridad personal, si bien todos presentan distintos problemas en materia de garantías judiciales y protección judicial, así como otros derechos convencionalmente protegidos. En ese sentido, se trata de casos cuya base fáctica va desde la aquiescencia o connivencia con particulares perpetradores¹⁵, pasando por casos en los que se omitió el deber de protección¹⁶, hasta aquellos en los que agentes estatales directamente cometieron los hechos¹⁷.

En relación con lo anterior, hay que señalar que existe en Colombia una jurisdicción contencioso administrativa que conoce de las acciones de reparación directa¹⁸, cuyo objeto es el juicio de responsabilidad estatal por

15 Cfr. Corte I.D.H., Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109; Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia.

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No.

132; Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Caso de las Masacres de

Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia

de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148; y Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colom-

bia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

16 Cfr. Corte I.D.H., Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Repa-

raciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Caso Valle

Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de

noviembre de 2008. Serie C No. 192; y Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia.

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo

de 2010. Serie C No. 213;

17 Cfr. Corte I.D.H., Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia

de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22; Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo.

Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90; Caso Escué Zapata Vs. Colombia.

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165; Caso

Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones

y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248; y Cfr. Corte I.D.H.,

Caso Masacre Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Re-

paraciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.

18 En lo pertinente, el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de

acciones u omisiones que le sean atribuibles y, en consecuencia, reparar el daño antijurídico causado. Según se verá más adelante, es nuestra posición que la acción de reparación directa, en casos de alegadas violaciones a los derechos a la vida e integridad personal, se constituye como un recurso efectivo y complementario respecto del proceso penal que, en ese sentido, no sólo debe ser agotado, sino que se constituye como el ámbito procesal propicio para realizar dos de las pretensiones de quienes acceden al Sistema Interamericano: la declaratoria de responsabilidad del Estado como ente moral distinto a sus agentes o de particulares que comprometen su responsabilidad y, consecuentemente, la reparación integral de los daños por éste provocados en virtud del quebrantamiento de sus obligaciones generales de respeto y garantía.

4. La acción de reparación directa bajo el prisma del Sistema Interamericano

La Comisión Interamericana ha sostenido reiterada –pero imprecisamente– que

[l]a jurisdicción contencioso administrativa [...] es un mecanismo que procura la supervisión de la actividad administrativa del Estado, y que únicamente permite obtener una indemnización por daños y

lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, establece que “[e]n los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado” y, en similar sentido, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 1 de 1984, establecía, en lo pertinente, que “[l]a persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”, visitado el 1 de mayo de 2013. Respectivamente <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>; http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Codigo_Contencioso_Administrativo.htm

perjuicios causados por abuso de autoridad [y] consecuentemente [...] no es necesario agotar estos recursos antes de recurrir al sistema interamericano...¹⁹.

Además, ha entendido la CIDH que estos

no constituyen mecanismos adecuados, por sí solos, para reparar violaciones a los derechos humanos [...] o para satisfacer el deber de esclarecer judicialmente lo sucedido²⁰.

Aun cuando la posición de la Comisión no es precisa porque no se detiene en el análisis de cuál es el objeto de la acción de reparación directa en cuanto a la declaratoria de responsabilidad estatal en eventos de alegadas violaciones a derechos humanos, creemos que la misma, de cualquier forma, debe armonizarse con lo que ha dicho respecto de los procesos penales, esto es, que éstos son la vía idónea para satisfacer las exigencias convencionales de acceso a la justicia, a la vez que posibilita otras formas de reparación pecuniaria²¹.

En efecto, en el caso colombiano, esos otros medios de reparación pecuniaria son, precisamente y por regla general, los procesos contencioso administrativos de reparación directa, que son no otra cosa que la fórmula adecuada para juzgar la conducta del Estado respecto de sus obligaciones en materia de derechos humanos. El proceso penal permite conocer hechos, circunstancias fácticas e imputar responsabilidades individuales, pero sólo la acción de reparación directa contencioso administrativa permite imputar responsabilidad al Estado –como ente jurídico moral de derecho público distinto a sus agentes o particulares

19 Cfr. CIDH, Informe de Admisibilidad No. 78/09, Masacre de Belén–Altavista, Colombia, párr. 37.

20 Cfr. CIDH, Informe de Admisibilidad No. 55/04, María del Consuelo Iburguen Rengifo y otros, Colombia, párr. 27 (énfasis agregado).

21 Cfr. CIDH, Informe de Admisibilidad No 46/08, Victoria Delgado Anaya, Colombia, 24 de julio de 2008, párr. 33.

que comprometan la responsabilidad de aquél– y procurar que repare las víctimas en realización del principio de reparación integral. El decreto de reparaciones pecuniarias es apenas la consecuencia de la imputación de responsabilidad por violación de derechos fundamentales protegidos por la Constitución o por tratados internacionales y no el objeto mismo de la acción de reparación directa.

Por lo anterior, una comprensión actualizada de lo que se ha dicho nos obliga a decir que cuando la Comisión manifiesta que los procesos contencioso administrativos no tienen, por sí solos, la capacidad de realizar las exigencias convencionales tiene razón, por lo que debe entenderse que éstos tienen un carácter de efectividad complementaria respecto del proceso penal. Así las cosas, es nuestra posición que la acción de reparación directa en casos de violación a los deberes generales de respeto y garantía de los derechos a la vida e integridad personal, se constituye como un medio efectivo complementario, que debe ser tenido en cuenta en el juicio de responsabilidad internacional que los órganos del Sistema hagan respecto de Colombia. Como se verá, la Corte Interamericana, progresivamente, ha llegado a esa misma conclusión.

5. El reconocimiento gradual de la efectividad de la acción de reparación directa por la Corte Interamericana

Como se señaló antes, la exigencia establecida bajo los artículos 8 y 25 de la Convención en cuanto a la efectividad de los recursos de derecho doméstico puede ser satisfecha “de una manera colectiva [...] incluso si ninguno de ellos, en lo individual, cumpl[e] de una manera integral con dichas disposiciones”²². Desde esa premisa resulta pertinente señalar que, contrario a lo que ha hecho la Comisión, la Corte si ha reconocido –si bien lo ha hecho calificadamente– que la acción de reparación directa tiene algún grado de efectividad relevante para el análisis del cumplimiento de obligaciones estatales en el contexto de sus sentencias de casos contenciosos.

22 Supra nota 15.

5.1. El caso Valle Jaramillo

En el Caso Valle Jaramillo, la Corte dio cuenta de que familiares de la víctima directa interpusieron una demanda de reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra la Nación colombiana, mismo que terminó en un acuerdo conciliatorio aprobado por el Consejo de Estado²³. En efecto, dicho acuerdo, los representantes de las víctimas y el Estado convinieron aspectos que superan el alcance que la Comisión le ha dado a este recurso judicial como uno que “únicamente permite obtener una indemnización por daños y perjuicios causados por abuso de autoridad”²⁴, tales como la publicación del acuerdo conciliatorio “como medida para exaltar la memoria de la víctima”²⁵, mientras que el Ministerio del Interior y de Justicia se comprometió a “adelantar la gestión necesaria ante la Fiscalía General de la Nación para que [garantice] una investigación seria, imparcial y exhaustiva en relación con los hechos a los que hace referencia el Informe de Fondo [de la CIDH]”²⁶. Asimismo, en el plano del daño en eventos de ejecuciones extrajudiciales, se reconoció como categoría reparable el sufrido directamente por la víctima, en este caso el señor Valle Jaramillo, siguiendo así el criterio fijado por la Corte Interamericana en casos similares, donde entendió que “es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a actos brutales [...] experimente un profundo sufrimiento, angustia moral, terror e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas”²⁷. No obstante, lo más relevante de la resolución del Consejo de Estado colombiano es la fundamentación

23 Cfr. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. op cit., párr. 167.

24 Supra, nota 22.

25 Cfr. Consejo de Estado de Colombia, Sección 3ª, María Magdalena Valle Jaramillo y otros, Rad. 200000925-01 (32.793), p. 4.

26 *Ibidem*, p. 5.

27 Entre otros cfr. Corte I.D.H., Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 98; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, op. cit., párr. 248; Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 244; y Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, op. cit., párr. 283.

que ofreció en cuanto a la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos en procesos contencioso administrativos. Así, partiendo del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia²⁸, subrayó que la Convención ocupa un lugar de prevalencia en el ordenamiento jurídico colombiano y que:

En tales circunstancias, la noción de prevalencia comporta que éstos se imponen a las leyes internas y, por consiguiente, no sólo dichos instrumentos sino además la jurisprudencia de las instancias internacionales previstas y consagradas en esas mismas Convenciones, encargadas de interpretarlas y aplicarlos, constituyen –sin duda alguna–, fuente de derecho para la solución de los conflictos que se presenten ante las respectivas instancias y organismos judiciales del Estado que forme parte de los mismos, razón por la cual no puede desconocerse su aplicación y mucho menos dejar de acatarse tales disposiciones²⁹.

Además de lo anterior, el Consejo de Estado justificó que, por la naturaleza de este tipo de casos, “resulte procedente el reconocimiento de otra serie de perjuicios que cotidianamente no se reconocen”, y fundó esto, precisamente, en jurisprudencia del Sistema Interamericano³⁰.

Si bien la Corte mantuvo su posición en cuanto a que el proceso contencioso administrativo no constituye per se un recurso efectivo y adecuado para reparar en forma integral esa violación³¹, si otorgó un limitado

28 En lo pertinente, el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece que:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, visitado el 2 de mayo de 2013. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>

29 Supra, nota 28, p. 22–23.

30 *Ibíd.*, p. 25.

31 Cfr. Corte I.D.H., Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. *op cit.*, párr. 167 (citando: Caso de la “Masacre de Mapiripán”, *op. cit.*, párr. 214; Caso de la Masacre de La Rochela, *op. cit.*, párrs. 220 y 222, y Caso de las Masacres de Ituango, *op.*

alcance a la acción de reparación directa, puesto que señaló que “reconoce el rol que cumple la jurisdicción contencioso administrativa en materia de reparaciones y valora positivamente que el Estado haya reparado parcialmente a nivel interno a ciertas víctimas en el presente caso. Lo anterior constituye un significativo aporte tendiente a la reparación integral de las violaciones declaradas en la presente Sentencia”³².

En efecto, ese reconocimiento que fuera hecho en el capítulo relativo a las alegadas violaciones del derecho de acceso a la justicia fue después ratificado en el acápite sobre reparaciones donde, además, se hizo referencia al peritaje ofrecido por Alier Hernández, que ofreció su experticia en calidad de ex magistrado del Consejo de Estado, en cuanto éste manifestó que ese tribunal colombiano desde el 2007 ha señalado que “el resarcimiento económico no es suficiente, [lo cual] abre la posibilidad para que las víctimas en sus demandas [en procesos contencioso administrativos] formulen unas peticiones de reparación distintas del simple resarcimiento económico [lo que implica] un momento de comienzo de penetración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el derecho de Colombia”. En virtud de lo anterior, la Corte abrió entonces la puerta para que “de darse dicho desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana, podría llegar a complementar las otras formas de reparación disponibles en distintas vías jurisdiccionales o de otra índole a nivel interno con el propósito de obtener, en su conjunto, la reparación integral de violaciones de derechos humanos”³³.

5.2. Los casos Cepeda Vargas y Masacre de Santo Domingo

Si bien en el Caso Manuel Cepeda Vargas no hubo avances en cuanto al estatus de la acción de reparación directa en el Sistema Interamericano, la Corte sí fijó más claramente el parámetro para definir si se trata o no de un recurso efectivo y sus implicaciones en los casos contenciosos que conoce ese Tribunal Interamericano:

cit., párr. 340)

32 Cfr. Corte I.D.H., Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. op cit., párr. 167.

33 *Ibíd.*, párr. 202 (se omiten citas internas).

Como lo ha señalado anteriormente, al evaluar la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso administrativa nacional, la Corte debe observar si las decisiones tomadas en aquella han contribuido efectivamente a poner fin a la impunidad, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención. En particular, tales decisiones pueden ser relevantes en lo que concierne a la obligación de reparar integralmente una violación de derechos. A su vez, en varios casos contra Colombia, la Corte estimó que la reparación integral de una violación a un derecho protegidos por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima. Una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Los resultados alcanzados en estos procesos serán tomados en cuenta al momento de fijar las reparaciones³⁴.

Esta aproximación al análisis de la acción de reparación directa colombiana representa, en nuestro entender, un avance significativo en la jurisprudencia de la Corte puesto que abandona una preconcepción abstracta y simplista de los recursos ante la justicia contencioso administrativa como una que apenas otorga indemnizaciones pecuniarias sin tener en cuenta el juicio de imputación de responsabilidad del Estado en casos de violación de derechos humanos y, al contrario, sienta elementos para el análisis de su efectividad desde las medidas de reparación ordenadas como consecuencia de una transgresión a garantías convencionales.

Asimismo, la regla sentada por la Corte refleja lo que en este escrito se ha denominado como efectividad complementaria de la acción de reparación directa puesto que, cuando sienta como uno de los criterios de evaluación de efectividad que “las decisiones tomadas en aquella ha[yan] contribuido efectivamente a poner fin a la impunidad” reconoce que los procesos penales lo son para la determinación de responsables indivi-

34 Cfr. Corte I.D.H., Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, op. cit., párr.. 139.

duales de las violaciones a derechos humanos, sean estos agentes del Estado o particulares, mientras que la justicia contencioso administrativa se constituye como medio de la superación de la impunidad en cuanto marco procesal adecuado para determinar la responsabilidad estatal, en sentido análogo a lo que hacen los tribunales internacionales de derechos humanos.

Precisamente este fue el argumento que presentó Colombia en el Caso Masacre de Santo Domingo cuando expresó que la jurisdicción contencioso administrativa es “adecuada para obtener la declaratoria de responsabilidad del Estado y la reparación integral de los perjuicios causados con ocasión de los hechos [del caso]”³⁵. De la misma manera, el Estado esclareció el objeto y la lógica jurídica que informan la acción de reparación directa, ofreciendo un análisis ajustado al estándar sentado por la Corte en Cepeda Vargas:

[L]a estructura de la responsabilidad interna está fundada en la responsabilidad directa del Estado, que se configura a partir de la función y no del agente que la produce, por lo que es perfectamente posible inferir la responsabilidad por faltas o ilícitos anónimos, por conductas antijurídicas imputables al Estado o por actuaciones legales que producen un rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Agregó que por esa razón, la justicia colombiana, por una parte, declara la responsabilidad directamente del Estado, como sujeto de derechos y obligaciones y, por otra, establece el deber de reparar integralmente los perjuicios ocasionados. Señaló asimismo que es claro que esta forma de responsabilidad es totalmente autónoma e independiente de la responsabilidad de los agentes, contra quienes debe iniciar procesos independientes para sancionar y exigir la repetición de las sumas de dinero que ha debido asumir el Estado para indemnizar las víctimas³⁶.

35 Cfr. Caso Masacre Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, op. cit., párr. 27.

36 *Ibíd.*, párr. 28.

En cuanto las posibilidades que la jurisdicción contencioso administrativa colombiana ofrece en materia de reparaciones, el Estado informó que las mismas no están limitadas a reparaciones pecuniarias, pero también a otras formas de reparación que cumplen con los estándares del derecho internacional de derechos humanos³⁷.

Tomando en cuenta lo anterior, la Corte llegó a la conclusión de que, en efecto, “el proceso contencioso administrativo puede ser relevante en la calificación y definición de determinados aspectos o alcances de la responsabilidad estatal, así como en la satisfacción de ciertas pretensiones en el marco de una reparación integral [de manera que] lo decidido a nivel interno en esa jurisdicción puede ser tomado en cuenta al momento de valorar las solicitudes de reparaciones en un caso ante el Sistema Interamericano, pues las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades en la búsqueda de una justa compensación”³⁸.

De lo anterior podemos concluir que la acción de reparación directa colombiana tiene una efectividad circunscrita a su objeto y circunscrita siempre al caso específico, lo que de plano descalifica la inveterada posición de la Comisión en cuanto que se trata de un “mecanismo que procura la supervisión de la actividad administrativa del Estado, y que únicamente permite obtener una indemnización por daños y perjuicios causados por abuso de autoridad”³⁹.

Ahora bien, en Santo Domingo la Corte entendió que la vía contencioso administrativa debe ser tenida en cuenta, pero sólo cuando haya sido interpuesta por las presuntas víctimas, de manera que no se trata de un recurso que debe ser agotado y, por esto, no enerva la competencia del Tribunal en virtud de una eventual excepción de falta de agotamiento de recursos internos⁴⁰.

37 *Ibíd.*, párr. 29.

38 *Ibíd.*, párr. 38 (se omiten citas internas).

39 *Supra*, nota 22.

40 Cfr. Caso Masacre Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, *op. cit.*, párr. 38.

6. Conclusiones

Así pues que, tal y como están las cosas, la acción de reparación directa pareciera tener un estatus dual para la Corte Interamericana puesto que, si bien no es un recurso que deba agotarse como condición de admisibilidad al Sistema, si tiene implicaciones en cuanto a la determinación de responsabilidad del Estado por violación a la Convención Americana y la realización del principio de reparación integral respecto de las víctimas.

Lo anterior, implica una aparente contradicción conceptual, pues la posición actual de la Corte implica no otra cosa que fijar un estatus de ineffectividad procesal de la acción de reparación directa, esto es, para el análisis de admisibilidad derivado del deber de agotar recursos de derecho interno y, al mismo tiempo, sostener que aquella es efectiva sustantivamente y es relevante para el juicio de adjudicación de responsabilidad internacional del Estado.

Se trata de una contradicción aparente que, no obstante, no es insalvable en términos jurídicos actuales puesto que, como se sabe, el análisis de admisibilidad es autónomo respecto del fondo de los casos⁴¹. Pero no parece suficiente lo que se acaba de decir, de manera que habría que preguntarse, a riesgo de caer en el marco de la especulación, por qué la Corte no fijó, como consecuencia de su análisis, que existe un deber de agotar la acción de reparación directa. Creemos que, de acuerdo a la posición de la Comisión, que fuera mucho tiempo avalada por la Corte, un cambio semejante en las condiciones particulares de admisibilidad frente a casos colombianos implicaría que una gran cantidad de denuncias que fueron presentadas bajo aquél estándar fueran hoy desestimadas por falta de agotamiento de recursos domésticos, lo que ciertamente no se compadece con el principio *pro homine* que rige la lógica del derecho internacional de los derechos humanos.

Igualmente, no existe suficiente información proporcionada por el Estado en cuanto que la aplicación de estándares interamericanos de derechos humanos sean aplicados horizontalmente en la jurisdicción

41 *Supra*, nota 12.

contencioso administrativa colombiana, de manera que no existe un grado suficiente de certeza para incluir la misma dentro de la obligación de agotamiento de recursos internos.

No obstante, para quienes creemos que la importancia del Sistema no se agota en los informes de la Comisión y las sentencias de la Corte, la existencia de un escenario jurisdiccional que, ocupándose por su naturaleza de las obligaciones del Estado aplique y desarrolle la Convención Americana, no puede ser sino entendida como un hecho de la mayor importancia, que representa la actualidad y vigor del diálogo que debe regir las relaciones entre la justicia nacional y la interamericana. Más aún, el estudio y reflexión de los avances y lógica de los tribunales nacionales, en este caso contencioso administrativos, otorgaría herramientas que sin duda permitirán a la Comisión y la Corte superar problemas que enfrenta diariamente en sus decisiones, de manera que la realización de los derechos y garantías convencionales en el nivel nacional sea regla y no excepción.

7. Bibliografía

- Faúndez Ledesma, Héctor. 2007. El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 9 al 20 de julio. *Revista IIDH* (San José de Costa Rica) 46.
- Rousset, Andrés J. 2011. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos* (Mendoza, Argentina: Qellqasqa) 1 (Año I).
- Shelton, Dinah. 1999. *Remedies in International Human Rights Law*. New York: Oxford University Press.

Documentos

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, visitado el 1 de mayo de 2013, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América 4 de julio de 1776, visitado el 1 de mayo de 2013, http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html

Comentario sobre la nueva Ley integral contra la trata de personas en Paraguay

María José García Ascolani

Abogada, Universidad Nacional de Asunción (Paraguay).

Directora de Objeción de Conciencia de la Defensoría del Pueblo de Paraguay.

Resumen: La trata de personas, al igual que la explotación sexual de niñas y adolescentes, son crímenes crecientes en el Paraguay, según las afirmaciones de organizaciones de la sociedad civil vertidas en el último informe alternativo presentado por organizaciones del Paraguay ante el Comité sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer, quienes denuncian “las limitaciones de recursos financieros para enfrentarlos y la escasa o nula justiciabilidad de los casos registrados, incluidos los numerosos casos de huida de menores de sus hogares, que podrían vincularse con casos de trata de personas”.

Palabras clave: trata de personas; explotación sexual; Paraguay; menores de edad; niñas y adolescentes.

Abstract: Human trafficking and sexual exploitation of children and adolescents are two of the fastest-growing crimes in Paraguay, according to the claims of civil society organizations expressed in the last Alternative Report submitted before the Committee on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women. The Civil society organizations denounce “the lack of financial resources to confront these crimes, and the low or non-existent complaints that have been tried, including the numerous cases of children fleeing from their homes, which could be linked to human trafficking cases “.

Keywords: Human trafficking; sexual exploitation; Paraguay; underage; children and adolescents.

La trata de personas, al igual que la explotación sexual de niñas y adolescentes, son crímenes crecientes en el Paraguay según afirmaciones de organizaciones de la sociedad civil, quienes denuncian “las limitaciones de recursos financieros para enfrentarlos y la escasa o nula justiciabilidad de los casos registrados, incluidos los numerosos casos de huida de menores de sus hogares, que podrían vincularse con casos de trata de personas”¹.

La trata de personas en el Paraguay, con énfasis en víctimas mujeres adolescentes y jóvenes en edad productiva, constituye un flagelo que posiciona al país como mayoritariamente expulsor u origen de las víctimas con destino regional y hacia otros continentes². Esta situación se debe, entre otras causas, a la insuficiente información accesible a la ciudadanía sobre este delito y a las débiles redes de protección en las comunidades.

Desde la apertura de la Unidad Especializada de Trata de Personas en el Ministerio Público, en el año 2009 hasta iniciado 2012, se han sucedido 300 casos en la investigación de hechos punibles contra la trata de personas, han sido rescatados 260 paraguayos y paraguayas, y 18 condenas han sido impartidas a sus reclutadores³.

La República del Paraguay ha ratificado convenciones y convenios internacionales y regionales referentes a la persecución y sanción de este delito, así como a su prevención y a la atención y reparación de quienes resultan víctimas; por lo que es necesario tomar medidas para prevenir la

1 Último Informe alternativo presentado por organizaciones del Paraguay ante el Comité sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer.

2 Plan Nacional de Promoción de la Calidad de Vida y Salud con Equidad de la Adolescencia 2010-2015. Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. UNFPA. Noviembre, 2010. Asunción, Paraguay. Investigaciones hacia la acción del Programa Equidad de Género, Racial y étnica en Programas de Pobreza en América Latina, Bolivia. La trata de mujeres, niñas, niños, adolescentes y jóvenes es un delito de género. Serie de investigaciones N° 5. UNIFEM. Abril, 2009. La Paz, Bolivia. La trata de personas en el Paraguay. Diagnóstico exploratorio sobre el tráfico y/o trata de personas con fines de explotación sexual. Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay. OIM. Junio, 2005. Buenos Aires, Argentina.

3 Unidad Especializada Antitrata. Ministerio Público de Paraguay.

trata de personas, castigar a los tratantes y ayudar y proteger a las víctimas, incluso protegiendo sus derechos fundamentales⁴.

En el mismo sentido, estas obligaciones internacionales han sido contraídas por la República del Paraguay al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional por Ley Nro. 2.298/03 y su Protocolo complementario para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños por Ley Nro. 2.396/04. Como así también, el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio de la OIT promulgado por ley Nro. 1.930/67; la Convención sobre los Derechos del Niño por Ley Nro. 57/90; el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación de la OIT por Ley Nro.1.657/01; la Convención sobre la Esclavitud y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud por Ley Nro.3.117/0; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer por Ley Nro. 1215/86; la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares promulgada por ley Nro.3452/08.

Por ello, respecto a la realidad de la trata de personas en el Paraguay, como en su marco normativo, se reconoce que, a fin de disuadir la actividad de los tratantes y hacerlos comparecer ante la justicia, es necesario penalizar adecuadamente la trata de personas y los delitos conexos, prescribir una pena apropiada, dar prioridad a la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de trata de personas, y ayudar y proteger a las víctimas de esos delitos.

Igualmente se asume que los diferentes órganos del Estado paraguayo deben realizar la promoción, concienciación, investigación, capacitación, asesoramiento y la adopción de todas las medidas necesarias para prestar ayuda a las familias, las comunidades, la sociedad civil, los gobiernos locales y las dependencias locales del gobierno nacional, para que estos

4 Exposición de motivos. Proyecto de Ley Antitrata de personas para el Paraguay. Año 2011.

puedan cumplir sus responsabilidades en lo que respecta a la prevención de la trata de personas, la protección y asistencia a las víctimas y las actividades de represión.

En relación a los niños víctimas o testigos de delitos, se reconoce la especial vulnerabilidad de los mismos y la necesidad de brindarles protección, asistencia y apoyo, especiales y adecuados a su edad, género, nivel de madurez y necesidades especiales para evitar que su participación en el proceso de justicia penal les suponga dificultades y traumas adicionales.

En cuanto a las medidas a ser tomadas contra la trata de personas en la República del Paraguay, y a fin de que las mismas sean eficaces, se considera que requieren coordinación a nivel nacional y cooperación entre organismos gubernamentales, así como entre éstos y entidades de la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales⁵.

Por decreto del Poder Ejecutivo N° 5093/05, de fecha 15 de abril de 2005, se crea y se integra la Mesa Interinstitucional para la Prevención y Combate a la Trata de Personas en la República del Paraguay, con el objetivo de orientar las políticas y directrices de las acciones preventivas, sanción y combate a la trata de personas, siendo coordinadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Se observa un compromiso de parte del gobierno nacional, el esfuerzo en la elaboración de una Política Nacional de Prevención y Combate a la Trata de Personas aprobada en el mes de enero de 2012, la implementación de guías y otros avances hacia la atención de la trata de personas teniendo en cuenta los estándares regionales.

La nueva Ley N° 4788 integral antitrata que rige en la República del Paraguay desde el 13 de diciembre de 2012, modifica el código penal e introduce novedades en cuanto a los componentes de intervención a ser tenidos en cuenta por el Estado para la visibilización y atención de las víctimas de este fenómeno delictivo transnacional. En cuanto a los mecanismos de prevención y sanción, amplía el ámbito de aplicación de la ley a los territorios en el extranjero y transnacionales, reforzando la acción estatal para la protección y asistencia a las víctimas. Además, introduce

5 Exposición de motivos. Proyecto de Ley Antitrata de personas para el Paraguay.

Año 2011.

nuevas categorías en la definición de la trata: extracción ilícita de órganos, asociación criminal, explotación sexual, servidumbre, trabajo o servicio forzoso, matrimonio servil, servidumbre de la gleba, esclavitud por deudas y otras prácticas similares de esclavitud.

El artículo 36 del mismo cuerpo legal, referente a los niños, niñas y adolescentes víctimas, establece que además de los modos generales para la atención a víctimas contemplados en la ley, “se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades y derechos específicos”, que las medidas de protección de derechos aplicables no cercenarán ni impedirán el cumplimiento de los demás derechos, conforme el principio de universalidad de los derechos humanos y el principio rector de los programas dedicados al sector: *Del interés superior del niño y del adolescente*. En ese sentido, las medidas de protección de los niños, niñas o adolescentes víctimas no podrán “implicar privación de su libertad” y “Se procurará la reintegración a su familia nuclear o ampliada o a su comunidad, cuando sea pertinente”. También se hace referencia al principio de garantía de atención especial y en casos de existir dudas sobre la edad de las víctimas, la ley faculta la aplicación del criterio “*in dubio pro victima*”.

La Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia, como ente rector de los programas estatales específicos para niños y adolescentes, cuenta desde el año 2008 con una Unidad de Trata y Explotación Sexual. Esta ley incorpora las siguientes directivas para la atención de los menores de edad, que deberán ser tenidas en cuenta por las autoridades y agentes de la Administración:

- La asistencia a los niños, niñas y adolescentes víctimas estará a cargo de profesionales especializados y se realizará de conformidad con sus necesidades especiales, en particular en lo que respecta a alojamiento adecuado, la educación y los cuidados;
- Si la víctima es un niño, niña o adolescente no acompañado, el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia a pedido del Defensor del Niño, Niña y Adolescente, designará a un tutor para que represente sus intereses.

- La Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia y la Jurisdicción Especializada de la Niñez y la Adolescencia tomarán todas las medidas necesarias para determinar la identidad y nacionalidad de la víctima niño, niña o adolescente cuando sea necesario y harán todo lo posible por localizar a la familia del niño, niña o adolescente víctima, cuando ello favorezca su interés superior.
- Para la reinserción del niño, niña o adolescente víctima a su familia, se deberá verificar y acreditar previamente que los tratantes no pertenezcan a su núcleo familiar y garantizar que dichas víctimas recibirán condiciones de seguridad y atención en sus familias.
- En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos, las entrevistas, los exámenes y otros tipos de investigaciones estarán a cargo de profesionales especializados, y se realizarán en un entorno adecuado y en un idioma que el niño, niña o adolescente utilice y comprenda y en presencia de sus padres, su tutor legal o una persona de apoyo.
- En el caso de los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos, las actuaciones judiciales se realizarán en audiencia privada, sin la presencia de los medios de comunicación.
- Se evitará la presencia del procesado durante los testimonios de niños, niñas o adolescentes víctimas y testigos ante los tribunales.

Otra de las innovaciones del marco normativo que se comenta, se refiere a la expresa mención de la inversión pública en las políticas de prevención y atención a víctimas de la trata de personas, a través de la creación de un

Fondo Nacional de Inversión en la Prevención y Atención a Víctimas de la Trata de Personas, que estará bajo gestión del Programa Nacional de Prevención, Combate y Atención a Víctimas de la Trata de

Personas, a fin de financiar las acciones públicas dirigidas a prevenir la trata de personas y garantizar la atención integral de sus víctimas.

Se agrega también en el art. 50 de la Ley 4788 que: “El Fondo Nacional de Inversión en la Prevención y Atención a Víctimas de la Trata de Personas, será incluido en la Ley de Presupuesto General de la Nación de cada año fiscal, pudiendo tener como fuente los fondos del tesoro, la cooperación internacional y las donaciones de las Entidades Binacionales” y que “La Mesa Interinstitucional reglamentará el uso del Fondo Nacional de Inversión en la Prevención y Atención a Víctimas de la Trata de Personas, y controlará su ejecución”. Cabe resaltar que la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia forma parte de dicha Mesa Interinstitucional.

En lo relativo a los desafíos aún pendientes, se hace referencia a la ausencia de un estudio y posterior aplicación de indicadores de evaluación de las políticas, programas y planes que serán ejecutados. La falta de un sistema determinado para el monitoreo y fiscalización, que incluya la posibilidad de participación, quejas y reclamos por parte de las víctimas, con énfasis en niños y adolescentes, y de la ciudadanía en general.

En el plano operativo, es todavía acuciante la necesidad de descentralización de las acciones de la Administración central y el trabajo conjunto y articulado con los gobiernos locales y municipales, paralelamente al mejoramiento de la capacitación y las habilidades de los agentes públicos en todos los niveles.

Por último, se puntualiza la necesidad de avanzar en los derechos de las víctimas una vez que caen bajo el sistema de “protección” estatal, a través del llamado refugio estatal para víctimas, que en el Paraguay pervive aún con insuficiencias y con carencia del enfoque con perspectiva de derechos humanos.

Evaluando los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos a dos años de su adopción

Humberto Fernando Cantú Rivera

Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Doctorando en Derecho, Universidad Panthéon-Assas Paris II, afiliado al Centro de Investigación en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Coordinador del Proyecto sobre Responsabilidad Empresarial y Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León (México).

Resumen: La cuestión de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas ha sido largamente debatida a nivel internacional. El consenso logrado por los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos tras su adopción en junio de 2011 implica un cambio de paradigma, ante el cual surgen nuevos retos para el derecho internacional. Por tanto, es pertinente analizar el estado de la cuestión a dos años de la adopción de dicho instrumento para reflexionar sobre los avances logrados a nivel nacional e internacional, especialmente, en torno a la existencia de una responsabilidad empresarial en el área, la complicada cuestión de la extraterritorialidad a nivel internacional –tanto en torno a la regulación como a la adjudicación–, y sobre el carácter no vinculante de los Principios Rectores, a través de casos específicos que se encuentran en discusión o que han sido resueltos recientemente a nivel nacional.

Palabras clave: responsabilidad empresarial; principios rectores sobre empresas y derechos humanos; extraterritorialidad; alien tort statute; derecho consuetudinario.

Abstract: The issue of human rights and corporate responsibility has been debated internationally for a long time. The consensus reached by the UN Guiding Principles on Business and Human Rights after their adoption in June 2011 has implied a change of paradigm that poses new challenges

to international law. Therefore, it is appropriate to analyze the *status quo* two years after the adoption of this instrument, especially regarding the debate on the existence of a corporate responsibility in the field of human rights, the complex question of extraterritoriality under international law –both in its regulatory and adjudicative approaches–, and on the non-binding nature of the Guiding Principles, through the use of cases that are currently under discussion or that have been recently resolved in national jurisdictions.

Keywords: corporate responsibility; guiding principles on business and human rights; extraterritoriality; alien tort statute; customary law.

Artículo recibido: 04/04/13 Aceptado: 24/05/13

Sumario

1. Introducción
2. Sobre la adopción de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos y su contenido
3. Principales desafíos a la cuestión presentados por la realidad jurídica nacional e internacional
4. Conclusión
5. Bibliografía.

1. Introducción

El tema de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos ha sido debatido por un largo tiempo, tanto a nivel académico como en las organizaciones internacionales. Recientemente, la Organización de las Naciones Unidas, a través de su Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, lograron uno de los avances más importantes y emblemáticos en los últimos años, al haber conseguido que el Consejo de Derechos Humanos aceptara su propuesta de un marco normativo de derecho no vinculante sobre el tema,

de manera unánime y con el respaldo de la comunidad empresarial y de manera general de la sociedad civil a nivel internacional.

A casi dos años de su adopción, y tras la conformación del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos¹, su primera visita de país a Mongolia y la realización del primer Foro Anual sobre Empresas y Derechos Humanos en diciembre de 2012, algunas cuestiones relativas al tema de la responsabilidad empresarial aparentemente continúan estancadas, mientras que algunas otras presentan avances significativos que deben ser analizados y ponderados a la luz del derecho internacional general, penal y de los derechos humanos, para poder contemplar adecuadamente su alcance y efectos.

En virtud de lo anterior, el presente artículo busca ilustrar las circunstancias bajo las cuales los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos fueron adoptados, así como tres de los principales desafíos a los que se enfrenta dicho instrumento (el debate sobre la existencia de una responsabilidad empresarial en el área, la cuestión de la extraterritorialidad y el carácter no vinculante de los Principios Rectores), a fin de analizar qué avances se han logrado a la fecha en la materia, y cuáles son algunos de los obstáculos a los que se enfrenta esta cuestión. A manera de conclusión, se esboza una idea en torno a si los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos podrían eventualmente convertirse en un instrumento vinculante, conforme a los principios establecidos del derecho internacional general, lo que permitiría desarrollar el tema de la manera que por tantos años se ha buscado.

2. Sobre la adopción de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos y su contenido

El 16 de junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (A/HRC/RES/17/4, 2011), la culminación

1 Su denominación oficial es Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

del trabajo de seis años emprendido por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie (en adelante el RESG o el Representante Especial). Dicha adopción implicó formalmente la aceptación a nivel universal del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar” (A/HRC/8/5, 2008) y su consagración a nivel operativo, que fue la tarea encomendada a John Ruggie al serle extendido su mandato por tres años más en 2008.

El Marco para “proteger, respetar y remediar” que fue propuesto por el Representante Especial al Consejo de Derechos Humanos de la ONU en abril de 2008 contiene una estructura tripartita, consistente en el deber del Estado de proteger contra las violaciones a los derechos humanos, incluso aquéllas cometidas por actores no estatales; la responsabilidad de las empresas de todo tipo y de todos los sectores económicos de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos; y por último, la necesidad de contar con los recursos adecuados para hacer frente a los efectos negativos que puedan tener las actividades de las empresas, ya sean éstos de índole judicial o de naturaleza extrajudicial.

En sí, la adopción de los Principios Rectores significó a nivel internacional la conclusión de un largo período de debates e intentos frustrados para establecer un ordenamiento o mecanismo que pudiera servir como guía o instrucción respecto al comportamiento que deben tener las empresas en el ámbito de los derechos humanos, el cual se remonta a la década de 1970 (Cantú Rivera, 2013a, 316-322)². Por ello, este conjunto de principios ha

2 Los esfuerzos de la comunidad internacional –y esencialmente de los países en vías de desarrollo y del Sur Global– por establecer códigos de conducta para las empresas transnacionales pasaron por el Proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales, que contenía ciertas referencias sobre el respeto a los derechos humanos, aunque tenía un enfoque mucho más amplio. Sin embargo, dicho proyecto fue descartado finalmente en 1994 por la Comisión sobre Empresas Transnacionales, tras haberse estancado desde la década de 1980 por falta de acuerdos entre los distintos representantes de los países y los sectores empresariales. De la misma forma, un intento por establecer un marco normativo realizado por la Subcomisión

sido celebrado como el principio del fin, al finalmente lograr un aparente consenso entre la comunidad empresarial, los Estados y la sociedad civil a nivel internacional (aunque ésta última haya discrepado en torno al verdadero alcance de la resolución adoptada por las Naciones Unidas).

Respecto a su contenido, el deber del Estado de proteger contra violaciones de derechos humanos, incluso aquéllas en donde haya existido una participación empresarial, ha sido un desarrollo constante a nivel internacional que se remonta a la sentencia del *Estrecho de Corfú*³, el primer caso contencioso resuelto por la Corte Internacional de Justicia en 1949, y que ha sido utilizado como la base del desarrollo jurisprudencial en múltiples ocasiones por distintos tribunales internacionales, incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su primera sentencia en *Velásquez Rodríguez*⁴, por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Guerra*⁵ o por la misma Corte Internacional de Justicia en su sentencia sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*⁶. Si bien es cierto que la sentencia del *Estrecho de Corfú* tenía tintes exclusivamente referentes al derecho internacional general y la obligación de proteger (el principio de *due diligence*), es la base sobre la cual se desarrolló la doctrina sobre la responsabilidad estatal en el ámbito de los derechos humanos.

de Derechos Humanos de la ONU –un órgano subsidiario de la extinta Comisión de Derechos Humanos–, conocido como las “Normas de la Subcomisión”, se vio frustrado en la Comisión tras la presión internacional ejercida por la comunidad empresarial y ciertos países industrializados.

3 Corte Internacional de Justicia, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte Vs. Albania, Caso del Estrecho de Corfú, Sentencia de 9 de abril de 1949, p. 23

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, párr. 172.

5 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Guerra y otros Vs. Italia*, Fondo y Satisfacción, Sentencia de 19 de febrero de 1998, 14967/89, párr. 60.

6 Corte Internacional de Justicia, Bosnia y Herzegovina Vs. Serbia y Montenegro, *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*, Sentencia de 26 de febrero de 2007, párr. 430.

Por tanto, los Principios Rectores confirman el estado actual del derecho internacional general y de los derechos humanos en torno a la responsabilidad del Estado, afirmando explícitamente que el Estado será responsable por su falta de debida diligencia –u omisión– para proteger a aquellos que se encuentren bajo su jurisdicción de toda violación de derechos humanos que pueda ser cometida por actores no estatales (Latty, 2010, 355–363; de Frouville, 2010, 163–183), como lo son las empresas⁷.

En lo que respecta a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, por lo menos aquellos que han sido reconocidos internacionalmente por la Carta Internacional de Derechos Humanos y por los principios establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, los Principios Rectores se han inclinado por una posición esencialmente pragmática y que ha sido adoptada en un lenguaje utilizado de forma cotidiana en el ámbito empresarial.

Así, dicho documento considera que la empresa debe adoptar estrategias de administración y gestión hacia su interior y ante las cadenas de suministro y demás socios comerciales, como la práctica de debida diligencia, las evaluaciones de impacto en los derechos humanos y los correspondientes procesos de medición y seguimiento en cuanto a su debida implementación, los procesos de reparación de las consecuencias negativas ocurridas con motivo de sus actividades industriales y un compromiso político a nivel gerencial en la empresa respecto a la asunción de su responsabilidad de respetar los derechos humanos (Bonnitcha, 2012).

John Ruggie consideró que la discusión en torno a la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos se ha concentrado esencialmente en los derechos que pueden generar responsabilidad en caso de ser infringidos o afectados negativamente por las empresas, y no en sí en la

7 Este desarrollo en el derecho internacional general se ha visto complementado por el *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, preparados por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas y adoptados por ese mismo órgano en 2001 a través del documento A/56/10.

responsabilidad que tienen las empresas frente a esos derechos como tal (A/HRC/8/5, 2008, párr. 51, 53).

Por tanto, el enfoque adoptado por los Principios Rectores fue esencialmente en una tónica corporativa, de manera que las empresas puedan tomar las medidas necesarias dentro de su propia estructura para prevenir y en todo caso mitigar los impactos adversos que sus actividades puedan generar. Así, una variante de la debida diligencia que tiene el Estado se configura en el ámbito empresarial, con el objetivo de afectar y modificar los procesos correspondientes para tener un comportamiento responsable en el área de los derechos humanos, esencialmente a través de la prevención y, en caso necesario, de la mitigación de los efectos y la eventual reparación que resulte correspondiente.

En lo que respecta al acceso a los recursos apropiados, uno de los principales aportes fue dar un lugar apropiado y explícito a los dos tipos de remedios que deben existir: por un lado, Ruggie señaló la importancia que deben tener los recursos jurídicos, que al ser eficientes y efectivos, sirven para dar cumplimiento a la obligación internacional que tienen los Estados de poner a disposición las medidas que correspondan para garantizar la reparación del daño a las víctimas, y que son además uno de los vértices en el deber estatal de proteger contra las violaciones a los derechos humanos, como fue reconocido en el principio 25 de los Principios Rectores.

Por otra parte, sugirió la adopción de procedimientos, tanto estatales como no estatales (específicamente recursos desarrollados por las propias empresas que hayan tenido algún vínculo con la violación de derechos humanos), que permitan hacer frente de manera más rápida y efectiva a cualquier transgresión a los derechos fundamentales de las personas y grupos que hayan sido agraviados. Una de las principales herramientas para garantizar la eficacia y rapidez de los recursos extrajudiciales es el favorecimiento del diálogo entre las partes, lo cual puede permitir que se llegue a compromisos y soluciones más adecuados a las necesidades reales de las víctimas, los cuales no necesariamente podrían ser otorgados por los mecanismos judiciales puestos a disposición por el Estado (Deva, 2012a).

De igual forma, es necesario que se preste la atención adecuada a los mecanismos estatales extrajudiciales, con el fin de hacerlos del cono-

cimiento público y permitir su desarrollo y fortalecimiento. Por ejemplo, la actuación de las instituciones nacionales de derechos humanos puede resultar benéfica, al ser organismos dedicados precisamente a la protección de los derechos humanos, y que pueden permitir un enfoque centrado en los derechos humanos y en particular en los desarrollos consuetudinarios, convencionales y judiciales a nivel internacional, los cuales no necesariamente son accesibles a los organismos judiciales, en especial atendiendo a la diversidad que su enfoque puede tener⁸.

Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos son, sin lugar a dudas, una herramienta internacional útil y que logró por lo menos un consenso internacional sobre el estado actual de la cuestión de la responsabilidad empresarial. Sin embargo, se enfrenta a diversos desafíos reales y jurídicos que pueden minar su aplicación, y en particular, su implementación y armonización en los contextos nacionales, que es donde principal prioridad y aplicación deben tener. Algunos de estos aspectos serán analizados en la siguiente sección.

3. Principales desafíos a la cuestión presentados por la realidad jurídica nacional e internacional

Si bien los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos fueron de manera general bien acogidos a nivel internacional por la may-

8 Tomando como ejemplo la materia penal, es claro que su enfoque se verá relativamente limitado a la imposición de la pena por el delito ocasionado, debiendo probarse en todo momento los dos elementos esenciales, a saber el *actus reus* y el *mens rea*; sin embargo, tomando en consideración la aún polarizada doctrina sobre la existencia de una responsabilidad penal empresarial, aunado a la dificultad que conlleva la aplicación de sanciones penales que trasciendan de una sanción económica, así como en relación a la demostración de un conocimiento y/o consciencia sobre el acto (*mens rea*), resulta ciertamente probable que un enfoque de derechos humanos pueda reparar y satisfacer de manera más adecuada las necesidades de las víctimas, sin excluir los demás procedimientos judiciales que pudieran resultar pertinentes.

oría de las partes involucradas –a pesar de algunos llamados a la necesidad de contar con mecanismos de supervisión y elementos conceptuales más comprensivos y fuertes⁹, la realidad imperante dista mucho de haber sufrido modificaciones significativas tras su adopción. *Grosso modo*, se puede apreciar que el papel de los Principios Rectores y uno de sus principales logros fue haber reavivado a nivel internacional y consensuado el debate sobre la ineludible existencia de una responsabilidad en materia de derechos humanos para las empresas, y con ello, darle visibilidad y publicidad al tema.

A pesar de ello, tres desafíos continúan existiendo sobre la materia: en primer lugar, una posición empresarial que en algunos casos ha debatido la existencia de una responsabilidad reconocida consuetudinariamente, y con ello, la posibilidad de aplicación de estándares internacionales a una cuestión aún indefinida¹⁰; en segundo término, la aplicación de normas y la sujeción a procedimientos extraterritoriales, que de igual forma continúa siendo polémica y enfrentando la oposición por igual de Estados y los grupos empresariales; y en tercer lugar, el carácter no vinculante que tienen los estándares internacionales que hasta la fecha se han adoptado sobre el tema, entre ellos los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos.

En torno a la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, continúa existiendo a nivel internacional cierta reticencia al establecimiento de obligaciones directas derivadas del orden internacional.

9 Por ejemplo, Chris Albin-Lackey de Human Rights Watch criticó que existe una falta de especificidad y contundencia en los Principios Rectores respecto a la obligación que tienen los gobiernos de regular de manera efectiva a las empresas, el hecho de que no existan mecanismos de regulación, y que pueda perpetuarse el estado actual de la cuestión respecto al uso de iniciativas voluntarias en lugar de un enfoque regulatorio.

10 Lo anterior ha aparecido por ejemplo en *Kiobel et al. Vs. Royal Dutch Petroleum*, que se encuentra siendo analizado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en torno a la aplicabilidad del *Alien Tort Statute* a las empresas comerciales y la posibilidad de que dicha aplicación se haga extraterritorialmente.

La existencia de un vacío legal en el derecho internacional permite a las empresas la flexibilidad de no estar sumisas a un tercer orden regulatorio –en conjunto con los órdenes nacionales en donde operan y con las iniciativas de autorregulación que algunas de ellas determinen establecer– ante el cual no podrían ejercer su influencia de la forma tan sencilla como lo hacen en algunos Estados, especialmente en aquellos en vías de desarrollo.

La justificación esgrimida por el sector de los negocios a nivel internacional para evadir o rechazar la creación de un sistema internacional de regulación empresarial en el área de los derechos humanos se ha centrado en que las empresas pueden más fácilmente autorregularse, sin la necesidad de que exista un control externo. De esta forma, las empresas pueden adoptar normatividades internas que les permitan adecuar sus procesos de manera más sencilla y conforme a sus necesidades específicas (Deva, 2012b, 75), lo cual no sería tan sencillo ante la existencia de un orden regulatorio común que tal vez no tomaría en cuenta las características individuales o sectoriales en que se encuentran inmersas las distintas industrias, sino que abogaría por la creación de un mecanismo estandarizado que crearía un marco común para todas las empresas, independientemente de su giro.

Por otra parte, algunas empresas han incluso continuado debatiendo la existencia de una responsabilidad para ellas en el ámbito, basándose en argumentos como el hecho de que cualquier responsabilidad distinta a la de obtener mayores ganancias para los accionistas de la empresa sería equiparable a la responsabilidad que tiene el Estado en materia de derechos humanos, sin que la empresa se encuentre en una posición de dominio o tenga fuerza pública (Herbel, 2010, 149-154). Aunado a lo anterior, el hecho de que a la fecha no “exista” una norma consuetudinaria o ampliamente reconocida por la comunidad internacional en torno a la existencia de obligaciones o responsabilidades para las empresas¹¹ ha sido utilizado para intentar reforzar su posición.

No obstante ello, diversas situaciones han dado claras muestras que es necesario que haya un organismo regulador con autosuficiencia y al-

11 El presente argumento será discutido en la última sección del artículo.

cance internacional para poder hacer frente a aquellos casos en que los Estados no quieran o puedan contrarrestar los efectos negativos generados por la actividad empresarial en el ámbito de las prerrogativas humanas, o bien, que no puedan garantizar el apego al orden jurídico nacional. Desde Union Carbide Corporation en Bhopal, India, pasando por British Petroleum en el Golfo de México, Shell en Nigeria o Chevron en Ecuador, diversos ejemplos ponen de manifiesto la necesidad de que el argumento de la autorregulación continúe funcionando –de forma preventiva, a través del ejercicio de la debida diligencia por parte de las empresas–, aunque también hace evidente la necesidad de contar con un mecanismo internacional que tenga competencia para regular el accionar de las empresas transnacionales y comerciales en el ámbito de los derechos humanos (Deva, 2012b, 200).

Asimismo, un enfoque basado en los derechos humanos, y no en la conveniencia o ventajas comerciales que una imagen corporativa respetuosa del orden jurídico pueden otorgar a una empresa, debe establecerse a nivel internacional, a fin de lograr un cambio en la cultura jurídica que tenga repercusiones reales, y no solamente el objetivo de obtener una “licencia social para operar” (Ibíd., 160).

Por otra parte, algunas propuestas han comenzado a surgir en torno al establecimiento de una contraparte judicial al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, una Corte Mundial de Derechos Humanos que también tenga competencia sobre las actividades de las empresas (Nowak, 2007, 251–259). Sin embargo, si tomó aproximadamente 40 años y un enfoque minimalista y reduccionista para lograr un consenso en esta materia, la alternativa descrita podría igualmente resultar difícil de cristalizar (Bilchitz, 2010).

En lo relativo a la cuestión de la extraterritorialidad, debe tenerse en cuenta la existencia de dos vertientes. La primera es relativa a la regulación (a través de normas con aplicación extraterritorial), mientras que la segunda tiene que ver con la adjudicación (el hecho de juzgar situaciones ocurridas fuera de un espacio geográfico específico sobre el que un Estado determinado ejerce su jurisdicción).

En lo que respecta a la cuestión de la regulación extraterritorial, que

implica que los Estados cuenten con legislación que tenga efectos y alcance más allá de sus fronteras, la discusión a nivel internacional ha sido relativamente poca, sobre todo si se compara al fenómeno adjudicativo. No obstante lo anterior, algunas legislaciones nacionales han resaltado la importancia que tiene esta situación, aún más en la sociedad global de la actualidad; por ejemplo, la Sección 1502 de la Ley Dodd–Frank sobre la Reforma de Wall Street y la Protección de los Consumidores (*Ley Dodd–Frank* en lo sucesivo) de los Estados Unidos de América requiere que las empresas de su nacionalidad informen anualmente –a partir de enero de 2013, debiendo presentarse el primer informe a final de mayo de 2014– si los minerales que utilizan para el funcionamiento o producción de un artículo que ellos fabrican tienen como su lugar de origen la República Democrática del Congo o un país adyacente, y en caso afirmativo, deberán igualmente presentar un informe en torno a las medidas tomadas para llevar a cabo la debida diligencia sobre la fuente de los minerales y su cadena de custodia. Dicha información deberá estar disponible en los sitios de internet de las empresas declarantes.

Esta ley, que ha generado cierta controversia en el sector industrial estadounidense, afirma lo que ya ha sido argumentado por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales: que al no existir disposiciones explícitas y suficientemente específicas a nivel internacional en torno a la cuestión de la regulación y adjudicación extraterritorial, compete a los Estados determinar y enfrenar dichas lagunas jurídicas a través de sus legislaciones nacionales, a falta de un consenso internacional sobre el tema (Koh, 2004). Por tanto, esta ley –entre otras– legitima la existencia del concepto de aplicación y juicio extraterritorial a nivel internacional, reforzando por tanto la posibilidad de una aplicación judicial extraterritorial de la ley.

Si es posible emitir leyes con efectos extraterritoriales –que regulen la actividad de las empresas con operaciones en la República Democrática del Congo, como es el presente caso–, que obligan a las personas morales a cumplir con obligaciones domésticas de informar sobre sus actividades en el extranjero, resulta difícil aceptar un argumento que señale que la

ley de un Estado no puede regular la actividad de sus nacionales fuera de su territorio. Incluso, la obligación de informar en torno a las medidas de debida diligencia tomadas refuerza el argumento de la existencia de una responsabilidad para las empresas más allá de aquellas basadas únicamente en el lucro, y que desde luego, puede abarcar otras áreas del derecho, como lo son el derecho ambiental o los derechos humanos. Por tanto, aunado al señalamiento que ha sido hecho por organismos tales como el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas¹², la cuestión relativa a la emisión de legislación nacional con alcance extraterritorial es en la actualidad necesaria para adaptar los marcos legales a la realidad jurídica nacional e internacional que impera, a fin de lograr una mayor protección de los individuos y comunidades que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad de sus derechos humanos (De Schutter, 2010, 19–100).

En lo que respecta a la cuestión de la adjudicación extraterritorial, la discusión se ha centrado esencialmente en si el *Alien Tort Statute* (Ley

12 En las observaciones finales realizadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU –el órgano de tratado encargado de velar por la implementación y salvaguarda del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– respecto del sexto informe periódico de Alemania, el párrafo 16 de la sección C (sobre las principales causas de preocupación y recomendaciones hechas por el Comité) analiza la cuestión de la extraterritorialidad: Si bien el Comité recibe con beneplácito las medidas tomadas por el Estado parte para poner a disposición de las víctimas los recursos jurídicos contra las empresas alemanas que trabajan fuera del país y de quienes se alega que transgreden los estándares de derechos humanos, el Comité señala su preocupación en torno a que tales remedios podrían no ser suficientes. Por tanto, el Comité alienta al Estado a manifestar que espera que todas las empresas alemanas cuyo domicilio se encuentre en el territorio alemán y/o bajo su jurisdicción respeten los derechos humanos en sus operaciones, de conformidad con el Pacto, a la vez que incita a que se tomen las medidas apropiadas para reforzar los recursos jurídicos que se encuentran a disposición de aquellos que han sido víctimas de las actividades de las empresas alemanas en sus operaciones en el extranjero (UN Doc. CCPR/C/DEU/CO/6, 12 de noviembre de 2012).

de Reclamación por Agravios contra Extranjeros, la principal herramienta jurídica utilizada hasta la fecha para tratar de establecer la responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos cometidas fuera del territorio estadounidense, de donde es originaria la ley) tiene o debe tener alcances y aplicación extraterritoriales. En la actualidad, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América se encuentra en las últimas fases de discusión en torno a este punto, dentro del caso *Kiobel et al. vs. Royal Dutch Petroleum et al.* (10-1491), en donde la discusión sobre la aplicación extraterritorial de la ley fue ordenada por la Corte (Cantú Rivera, 2013b). La existencia de legislación estadounidense con efectos extraterritoriales hace suponer que la Suprema Corte no anulará su aplicación, pero sí se espera que restrinja aún más las causales que puedan dar origen a un procedimiento judicial por hechos ocurridos fuera del territorio estadounidense, donde las partes no tengan la nacionalidad de tal país.

Por otra parte, el argumento sobre el silencio del derecho internacional en torno a la adjudicación extraterritorial desde luego indica que es una cuestión que debe aún ser desarrollada y regulada por los Estados bajo ese mismo ordenamiento jurídico, a falta de lo cual, la actuación de los Estados en este ámbito es en la actualidad permitida (Donovan y Roberts, 2006, 142-163). De la misma manera, los Estados podrán entonces decidir sobre la posibilidad de juzgar hechos ocurridos fuera de su territorio si consideran que no existen otros remedios jurídicos efectivos, independientes y que respeten plenamente el Estado de derecho y los derechos humanos de las partes.

Si bien en los Estados Unidos de América la cuestión de la adjudicación extraterritorial ha enfrentado ciertas dificultades, otras jurisdicciones comienzan a aprovechar el vacío legal a nivel internacional para hacer uso de las mismas facultades y procesos que se han intentado hasta la fecha en tribunales estadounidenses. Un ejemplo de lo anterior resulta el emblemático caso de Ashraf Ahmad El Hagog Jumaa contra la República de Libia (*Ashraf Ahmad El Hagog Jumaa v. Lybia*), que fue recientemente resuelta por un tribunal civil de los Países Bajos. Este caso, que es un claro ejemplo de la adjudicación extraterritorial como un último recurso jurídico para proveer a las víctimas de una reparación efectiva, constituye

un parteaguas jurídico a nivel internacional, puesto que representa una evolución en torno a la apreciación de la justicia como una herramienta de aplicación local para convertirse en una verdadera posibilidad universal.

En el *caso d'espèce*, un doctor búlgaro de origen palestino fue acusado de infectar a 393 niños en Libia con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), tras lo cual fue arrestado y tras su juicio, que comenzó en el año 2000, fue sentenciado a muerte en tres ocasiones por distintas instancias judiciales (en 2004, 2006 y 2007). Sin embargo, tras una negociación política, fue liberado y perdonado de los crímenes que se le imputaban. Una vez habiendo partido a los Países Bajos bajo la figura del asilo, comenzó una acción civil en contra del gobierno de Libia, en el que lo acusaba de haber obtenido sus confesiones bajo tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, una de las normas imperativas e inderogables a nivel internacional. Ante la imposibilidad de recurrir a la justicia del país árabe, el doctor El Hagog comenzó un procedimiento civil en los Países Bajos, quienes a la postre ordenaron a las autoridades de dicho país el pago de un millón de euros a manera de reparación. De la misma manera, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encontró en el párrafo 10 de la Comunicación 1755/2008, de 19 de marzo de 2012, que Libia había quebrantado sus obligaciones internacionales en torno a la existencia de un recurso jurídico efectivo y apropiado, así como al derecho que tiene el quejoso de recibir la reparación que corresponda, incluyendo compensación.

Lo anterior es un ejemplo claro de la competencia universal en materia civil, que ha sido igualmente discutida por las partes del caso *Kiobel* referido anteriormente. Mientras que la defensa de Royal Dutch Petroleum y Shell alega que no existe un consenso a nivel internacional sobre la competencia universal en materia civil,¹³ lo cierto es que no existe regula-

13 Incluso mencionando que los Estados Unidos de América rechazaron su codificación en la Convención contra la Tortura y Otros o Penas Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984. Sin embargo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece en su artículo 75.2 que a una persona que ha sido condenada puede ordenársele el pago de las reparaciones correspondientes, por lo que implícitamente se incluye al principio de competencia universal un elemento civil que

ción que la permite ni la prohíbe, como incluso fue reconocido por John Ruggie,¹⁴ por lo que corresponde a los Estados decidir sobre su existencia y utilización. De la misma forma, algunos terceros extraños al juicio, en calidad de *amicus curiae* (entre ellos la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), han señalado que la ramificación civil es un complemento de la competencia universal en materia penal, y que además se encuentra en la base del principio del derecho a la reparación que gozan las víctimas, el cual es uno de los estandartes principales del derecho internacional de los derechos humanos. En cualquier caso, la sentencia emitida en el caso de *El Hagog Jumaa* es un nítido ejemplo en torno a la existencia de un principio universal sobre reparación, a través de acciones civiles, por lo menos en lo que corresponde a situaciones que tienen como base violaciones del derecho consuetudinario (es decir, de normas *jus cogens*).

Por otra parte, uno de los casos resueltos recientemente ha ilustrado algunos de los puntos discutidos a lo largo del presente artículo. Derivado de la contaminación en Nigeria ocasionada con motivo de las actividades petroleras de Shell en la región, cinco demandas civiles de indemnización a causa de los derrames de petróleo que han ocurrido en el área fueron presentadas por las personas afectadas, de las cuales, una fue resuelta favorablemente para una de las víctimas, Friday Akpan, por los perjuicios sufridos y las pérdidas económicas, así como la afectación de su forma de vida como resultado de los “accidentes”. En este caso, la Corte de Distrito de La Haya determinó que el caso involucraba una adjudicación

tiene como objeto la reparación del daño ocasionada por el *actus reus*. Lo anterior fue reiterado en la primera sentencia de la Corte Penal Internacional, en el caso de Thomas Lubanga (*Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, ICC-01/04-01/06, Agosto 7 de 2012, paras. 131, 289.b), donde la Corte consideró que una sanción penal debe ir acompañada de la correspondiente reparación del daño a favor de las víctimas.

14 *Amicus Curiae* de John Ruggie, Philip Alston y la *Global Justice Clinic* de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, No. 10-1491 (Suprema Corte de los EEUU, Junio 12, 2012), p. 3.

extraterritorial (ya que de las dos empresas demandadas, Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. Es una filial de nacionalidad nigeriana, mientras que la empresa matriz es británica-holandesa), la afectación a los derechos humanos de las personas con motivo de los daños ocasionados, y esencialmente, la debida diligencia que deben ejercer las empresas en el desarrollo de sus actividades industriales o comerciales, a fin de garantizar que sus operaciones no tengan efectos adversos o contrarios al marco legal vigente.

En torno a la adjudicación extraterritorial, la principal innovación es el hecho de que la empresa, de nacionalidad nigeriana y con escasos vínculos con los Países Bajos, fuera juzgada fuera de su país de origen. Si bien es cierto que la matriz de la empresa, de nacionalidad holandesa, también fue demandada, el hecho de que la filial nigeriana haya sido sentenciada al pago de una indemnización constituye en sí un avance más en cuanto a la competencia universal en materia civil, en virtud de los escasos vínculos con el país que emitió el fallo, y la dificultad para lograr la ejecución de un eventual fallo del sistema judicial de Nigeria. Por otra parte, a pesar de que Shell resaltó que el fallo no constituye un precedente al no haberse encontrado culpable a la matriz, lo anterior marca la pauta para que el sistema judicial holandés sirva como un foro donde puedan ventilarse cuestiones relacionadas a los efectos adversos en los derechos humanos ocurridos en el extranjero¹⁵.

En lo que respecta a la afectación de los derechos humanos, el principal vínculo es en relación a la afectación de la forma de vida de las víctimas. Si bien se trató el caso como una cuestión civil de reparación por los daños y perjuicios sufridos, es innegable que existe un vínculo

15 A pesar de que el tribunal holandés no encontró culpable a la empresa matriz, el caso de *David Chandler v. Cape Plc.* en el Reino Unido sí constituye un precedente que podría eventualmente resultar importante para Shell, en virtud de su doble nacionalidad. En ese caso, la empresa matriz fue encontrada responsable por haber tenido conocimiento del efecto de los asbestos en la salud de los trabajadores de su filial, y no haber actuado al respecto, es decir, no haber cumplido con su obligación de debida diligencia.

directo con la afectación por lo menos a sus derechos a la alimentación, al agua y a la salud, puesto que no pueden desligarse éstos de su forma de vida. De la misma forma, la Corte de Distrito confirmó el principio de la obligación de la observación de una debida diligencia por parte de las empresas, y en particular, del deber de prevención, que se habría actualizado al no hacer todo lo necesario para evitar el “sabotaje” de las instalaciones y oleoductos de la empresa en la región. Por tanto, esa falta en su deber tuvo como efecto la afectación directa de la forma de vida y los derechos humanos de la víctima, lo cual dio origen a su derecho a obtener la reparación correspondiente.

En lo que respecta al carácter no vinculante que tienen las iniciativas internacionales sobre responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, y en particular los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, en definitiva constituye un obstáculo para lograr una adecuada conducta de parte de las empresas, especialmente de las transnacionales. Si bien resultaría hasta cierto punto ingenuo esperar que se logre un acuerdo internacional de naturaleza vinculante tanto para los Estados como para la comunidad empresarial, este obstáculo podría sortearse a través de la implementación nacional de estándares de responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos, a través de legislación y regulación, así como por medio del uso de procedimientos judiciales, con los cuales podría modificarse la creencia de que las empresas no tienen una responsabilidad en la materia, o bien, que en caso de tenerla, esta es solamente nominal, sin que existan posibilidades reales para lograr su implementación. Así, ejemplos como la Ley Dodd-Frank o la actuación de los tribunales holandeses y eventualmente la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Kiobel* podrían confirmar el desarrollo de la cuestión de la responsabilidad corporativa en el área de los derechos humanos, así como los cambios que paulatinamente se han suscitado a nivel internacional a este respecto.

4. Conclusión

Si bien la cuestión de la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos continúa siendo controversial, indudablemente los últimos diez años han visto un desarrollo rápido y diversificado en torno a la manera de enfrentar las eventuales problemáticas que podrían derivarse de la conducta de las empresas y sus efectos en la población. Distintas iniciativas a nivel internacional son clara muestra de que la corriente de pensamiento se orienta en la actualidad a que las empresas no sólo gocen de los beneficios de su constitución como personas morales, sino también cumplan con las responsabilidades que dicha constitución debe conllevar.

Un argumento interesante que debe considerarse es en torno al carácter que tienen los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. La costumbre internacional se encuentra constituida por aquéllos métodos y prácticas que los Estados reconocen como legales en un período determinado (*opinio juris*¹⁶), y cuya práctica es uniforme y general a nivel mundial. Teniendo cuenta de lo anterior, debe igualmente considerarse que los Principios Rectores fueron adoptados de manera unánime por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, incluso desde la presentación del Marco para proteger, respetar y remediar de 2008. Lo anterior, precisamente por su unanimidad, podría denotar una creencia establecida y firme a nivel internacional sobre la existencia de por lo menos una responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, que podría eventualmente constituir el elemento de *opinio juris*, ya que de no existir un consenso sobre la cuestión –es decir, una creencia sobre la existencia de esa obligación o, como fue definida por John Ruggie, “responsabilidad”–, difícilmente habría sido adoptada dicha resolución con el respaldo no sólo de la comunidad internacional, sino empresarial y del Consejo de Derechos Humanos.

La práctica de los Estados, especialmente en cuanto a la aplicación e

16 Es una obligación subjetiva, fundada en un sentido o creencia del Estado de estar sujeto a la ley o norma en cuestión.

implementación de los Principios Rectores, seguramente tardará en consolidarse de manera estandarizada. Sin embargo, una vez que esto suceda –si llega a suceder–, tal vez podría estarse en presencia de un fenómeno de conformación de una norma imperativa de carácter consuetudinario a nivel internacional, lo cual daría una fuerza vinculante –distinta a la que gozan actualmente– a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (Deva, 2013; Bernaz, 2012).

Tal vez sea de esta manera, más silenciosa y cauta, que finalmente exista un instrumento a nivel internacional que goce de una verdadera fuerza normativa y que pueda constreñir, por tanto, a aquellos actores que por largo tiempo han buscado ser relegados en cuanto a su subjetividad bajo el derecho internacional, para continuar operando en un área gris que les permite gozar de los beneficios sin tener que cumplir con la responsabilidad que existe aparejada a cada derecho (Simons, 2012).

5. Bibliografía

- Bernaz, Nadia. 2012. Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion? *Journal of Business Ethics*. (2012): 1–19.
- Bilchitz, David. 2010. The Ruggie Framework: An Adequate Rubric for Corporate Human Rights Obligations? *SUR–International Journal on Human Rights* 7 (12): 209–241.
- Bonnitcha, Jonathan. 2012. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: The Implications for Enterprises and Their Lawyers. *The Business and Human Rights Review* (Allen & Overy LLP) 1:14–17.
- Cantú Rivera, Humberto Fernando. 2013a. Empresas y Derechos Humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XIII: 313–354.
- Cantú Rivera, Humberto Fernando. 2013b. Recent Developments in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*: An Important Human Rights Forum in Peril? En *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 28 (en prensa).

- De Frouville, Olivier. 2010. Les mécanismes onusiens de promotion et de protection. En *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, editado por Emmanuel Decaux, 163–183. Bruselas: Bruylant.
- De Schutter, Olivier. 2010. La responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales. En *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, editado por Emmanuel Decaux, 19–100. Bruselas: Bruylant.
- Deva, Surya. 2012a. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies*. En *European Company Law* 9.2: 101–109.
- Deva, Surya. 2012b. *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*. London: Routledge.
- Deva, Surya. 2013. Multinationals, Human Rights and International Law: How to Deal with the Elephant in the Room? Paper presentado en *Glothro Workshop on 'The Direct Human Rights Obligations of Corporations in International Law'*, 17–19 de enero de 2013, Bled, Eslovenia.
- Donovan, Donald Francis y Anthea Roberts. 2006. **The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction**. *American Journal of International Law* 100:142–163.
- Herbel, Peter. 2010. Les attentes des entreprises. En *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, editado por Emmanuel Decaux, 149–154. Bruselas: Bruylant
- Koh, Harold Hongju. 2004. Separating Myth From Reality About Corporate Responsibility Litigation. *Journal of International Economic Law* 7: 263–274.
- Latty, Franck. 2010. Actions and Omissions. En *The Law of International Responsibility*, editado por Crawford, James, Alain Pellet y Simon Olleson, 355–363. Oxford: Oxford University Press.
- Nowak, Manfred. 2007. The Need for a World Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 7 (1): 251–259.
- Simons, Penelope. 2012. International Law's Invisible Hand and the Future of Corporate Accountability for Violations of Human Rights. *Journal of Human Rights and the Environment* 3 (1): 5–43.

Referencias jurisprudenciales

Corte Internacional de Justicia, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte Vs. Albania, *Caso del Estrecho de Corfú*, Sentencia de 9 de abril de 1949, p. 23

Corte Internacional de Justicia, Bosnia y Herzegovina Vs. Serbia y Montenegro, *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*, Sentencia de 26 de febrero de 2007, Párr. 430.

Corte Penal Internacional, *El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión que establece los principios y procedimientos a aplicarse en las reparaciones de 7 de agosto de 2012, ICC-01/04-01/06, Párr. 131, 289.b

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, Párr. 172.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Guerra y otros Vs. Italia*, Fondo y Satisfacción, Sentencia de 19 de febrero de 1998, 14967/89, Párr. 60.

Objeción de conciencia: consideraciones sobre España a la luz de la jurisprudencia europea

Fernando Arlettaz

Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas,
Universidad de Zaragoza (España).
Investigador del Laboratorio de Sociología Jurídica,
Universidad de Zaragoza (España).

Resumen: En el caso *Bayatyan*, decidido en 2011, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aceptó que la objeción de conciencia al servicio militar se encontraba implícita en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos referido a la libertad de conciencia y de religión. Esto supuso un cambio radical en la jurisprudencia de Estrasburgo sobre la materia. Cabe preguntarse cuáles serán las implicancias de la sentencia europea en la interpretación constitucional en España, teniendo en cuenta que el criterio actual del Tribunal Constitucional español es que la objeción de conciencia no puede encontrarse implícita en el artículo 16 de la Constitución española referido a la libertad ideológica y religiosa.

Palabras clave: objeción de conciencia; Convención Europea de Derechos Humanos; Constitución española.

Abstract: In the *Bayatyan* case, decided in 2011, the European Court of Human Rights accepted that the conscientious objection to military service was implicit in the article 9 of the European Convention on Human Rights concerning freedom of conscience and religion. This meant a radical change in the Strasbourg jurisprudence. The study deals with the implications that this change, at the European level, might have in the constitutional interpretation in Spain, taking into account that the current opinion of the Spanish Constitutional Court is that conscientious objec-

tion cannot be implicitly found in article 16 of the Spanish Constitution referred to ideological and religious freedom.

Keywords: conscientious objection; European Convention on Human Rights; Spanish Constitution.

Artículo recibido: 14/02/13 Aceptado: 24/05/13

Sumario

1. Introducción
2. La jurisprudencia europea
 - 2.1. El antiguo criterio de la Comisión y el Tribunal
 - 2.2. El nuevo criterio del Tribunal
3. La jurisprudencia constitucional española
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. Introducción

Un tema clásico en los estudios sobre la libertad de conciencia es el de la objeción de conciencia. Como es sabido, la objeción de conciencia es la excepción al cumplimiento de un deber legal otorgada por el propio ordenamiento jurídico por motivos de conciencia, que pueden ser religiosos o éticos¹. El tema ha sido profusamente tratado, y parecía que ya quedaba poco por decir al respecto. Sin embargo, en el año 2011 la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una sentencia que vino a producir una pequeña revolución en la jurisprudencia de Estrasburgo. Revirtiendo los precedentes que la Comisión Europea de Derechos Humanos había forjado durante años, y revocando la decisión de la primera instancia

1 Para profundizar en la delimitación conceptual de la objeción de conciencia pueden consultarse los trabajos editados por Peces-Barba (1993) y Garrido y Barranco (2011).

del mismo Tribunal en el caso, la Gran Sala entendió que la objeción de conciencia al servicio militar debía considerarse como una manifestación implícita de la libertad de conciencia y de religión establecida en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El cambio no sólo es interesante en sí mismo, sino que además obliga a preguntarse sobre los efectos que puede tener en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados europeos. En el caso de España esta pregunta es particularmente acuciante, ya que la interpretación del Tribunal Constitucional español ha sido exactamente la contraria: que en la libertad ideológica y religiosa (artículo 16 de la Constitución española) no puede encontrarse implícito un derecho a la objeción de conciencia.

2. La jurisprudencia europea

2.1. El antiguo criterio de la Comisión y el Tribunal

El criterio inicial respecto de la objeción de conciencia había sido fijado por la hoy desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, en un caso en el que un testigo de Jehová había solicitado ser eximido no sólo del servicio militar sino también de la prestación civil sustitutoria, alegando una violación del artículo 9 del Convenio relativo a la libertad de conciencia y de religión. El Estado denunciado, Alemania, reconocía la objeción de conciencia al servicio militar pero exigía a los objetores la realización de un trabajo social sustitutorio. El denunciante interpretaba que este servicio era contrario a sus creencias, porque le impedía la realización de sus actividades propias como ministro de una religión.

La Comisión sostuvo, en primer lugar, que dado que la realización de la prestación civil sustitutoria no ocupaba todo el tiempo útil del reclamante, no había afectación de su libertad de religión, ya que éste podía continuar desempeñando sus actividades ministeriales en el tiempo que le quedaba libre. Pero además la Comisión concluyó que aunque el artículo 9 garantiza el derecho a la libertad de conciencia y de religión, el artículo 4 de la Convención reconoce que la prestación civil sustitutoria puede ser impuesta en reemplazo del servicio militar al decir que, a efectos del Convenio, el concepto de trabajo forzado no incluye ni el servicio militar ni la

prestación social sustitutoria. Así, no hay lugar para interpretar que existe un derecho amparado por el artículo 9 a ser eximido de tal prestación².

Respecto de la objeción al servicio militar en sí mismo (y no a la exención respecto de todo servicio obligatorio, tanto social como militar), la antigua Comisión reconoció que el artículo 9 debe ser interpretado en relación con otros artículos del Convenio, en particular con el artículo 4. Y este artículo, al referirse a la prestación sustitutoria, agrega la expresión *en aquellos países que la prevén*. Mediante este agregado, la Convención estaría dejando claro que no existe un deber jurídico de los Estados de reconocer excepciones al servicio militar por razones de conciencia, sino que se trata simplemente de una facultad de éstos³.

Luego de los dos casos citados, la Comisión reiteró en muchos otros que la objeción de conciencia al servicio militar no está implícita en la libertad de conciencia y de religión⁴. Igualmente, señaló que en aquellos sistemas que permiten eximirse del servicio militar prestando sustitutoriamente un servicio social no existe, a su vez, un derecho a eximirse de tal servicio⁵.

También dijo que no constituye un trato discriminatorio el hecho de que el servicio social sustitutivo de la prestación militar tenga una duración mas larga que ésta última⁶, ni que la paga de quienes prestan el servicio

2 Comisión Europea de Derechos Humanos (a partir de ahora, Comisión Europea), *Grandrath c/Alemania Federal*, 12/12/1966.

3 Comisión Europea, *G. Z. c/Austria*, 02/04/1973, decisión de inadmisibilidad.

4 Entre otros, Comisión Europea, *Crespo-Azorín c/España*, 17/05/1990, decisión de inadmisibilidad. Comisión Europea, *Musy c/Suiza*, 08/01/1993, decisión de inadmisibilidad. Comisión Europea, *Olcina Portilla c/España*, 14/10/1996, decisión de inadmisibilidad. Comisión Europea, *Chardonneau c/Francia*, 29/06/1992, decisión de inadmisibilidad.

5 Comisión Europea, *X c/República Federal de Alemania*, 05/07/1977, decisión de inadmisibilidad. Comisión Europea, *Johansen c/Noruega*, 14/10/1985. Comisión Europea, *Autio c/Finlandia*, 06/12/1991. Comisión Europea, *A. c/Suiza*, 09/05/1984, decisión de inadmisibilidad.

6 Comisión Europea, *G. c/Holanda*, 02/03/1987, decisión de inadmisibilidad.

militar sea mayor que la de quienes prestan el servicio social⁷.

Los pedidos de objeciones de conciencia se han presentado también en ámbitos diferentes del servicio militar. Así, por ejemplo, la Comisión debió hacer frente a una reclamación de un cuáquero según la cual la obligación de pagar un impuesto que iba destinado en parte a la financiación de investigación en armamentos implicaba una injerencia en su libertad de religión. La Comisión descartó la viabilidad de la objeción de conciencia en este caso, al considerar que el impuesto estaba establecido por una legislación neutra en el plano de la conciencia⁸.

La Comisión tampoco admitió la objeción de conciencia como forma de eximirse del pago de cotizaciones a la seguridad social. El sistema de seguridad social holandés preveía la posibilidad de invocar la objeción de conciencia para no pagar los aportes correspondientes al seguro de pensiones, siempre que la persona demostrara que se oponía a *cualquier forma* de seguro y que pagara un plus del impuesto sobre la renta. El reclamante pertenecía a una iglesia reformada que sostenía que, por motivos religiosos, tenía objeciones contra el sistema de seguro de jubilaciones. Sin embargo, no cumplía con las condiciones exigidas por la ley, ya que no objetaba de modo general todo sistema de seguros y no estaba dispuesto a pagar el plus del impuesto sobre la renta previsto en la ley. La Comisión rechazó la objeción⁹.

Hasta época reciente no había habido jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que fuera concluyente en relación con la objeción de conciencia al servicio militar. El Tribunal había sí mencionado incidentalmente la objeción de conciencia en asuntos en los que la cuestión central se refería a otro tema¹⁰. Y en aquellos casos en que el núcleo de

7 Comisión Europea, *Objetores de conciencia c/Dinamarca*, 07/03/1977.

8 Comisión Europea, *C. c/Reino Unido*, 15/12/1983.

9 Comisión Europea, *X c/Holanda*, 14/12/1965.

10 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora, Tribunal Europeo), *De Jong, Baljet y Van Den Brink c/Holanda*, 22/05/1984. Tribunal Europeo, *Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe c/Holanda*, 22/05/1984. Tribunal Europeo, *Duinhof y Duijf c/Holanda*, 22/05/1984. Tribunal Europeo, *Pantoulías c/Grecia*, 18/01/2007, decisión de inadmisibilidad. Tribunal Europeo, *Löffelmann c/Austria*, 12/03/2009.

la cuestión estaba vinculado con la objeción de conciencia, había eludido tratar el tema resolviendo el fondo por aplicación de normas distintas al artículo 9 del Convenio, o por aplicación del propio artículo 9 pero sin referirse a si la objeción de conciencia estaba o no incluida en el mismo.

Así, en el caso *Thlimmenos* un nacional griego perteneciente al grupo de los Testigos de Jehová había alegado una violación tanto de la libertad de religión como de la igualdad en relación con esta libertad. Dado que el derecho griego no reconocía la objeción de conciencia, y ante la negativa de Thlimmenos a prestar el servicio militar, éste había sido condenado penalmente por insubordinación. Años más tarde, Thlimmenos había intentado inscribirse como contable en el colegio profesional correspondiente, inscripción que le había sido negada en razón de la existencia de una condena penal previa. El Tribunal, sin entrar en la cuestión de si la condena penal había sido legítima o ilegítima (es decir, sin entrar a decidir si en el pasado Thlimmenos habría tenido o no derecho a la objeción de conciencia) consideró que impedir la inscripción en el registro de contables a alguien que había sido condenado en razón de sus convicciones religiosas (y no, por ejemplo, en razón de una estafa o un acto de fraude) constituía una violación del artículo 14 del Convenio (relativo a la igualdad) en relación con el artículo 9. En el caso *Ülke*, relativo a un objetor de conciencia repetidamente condenado por su actitud, la Corte juzgó que había habido violación del artículo 3 por la existencia de tratos degradantes, sin necesidad de entrar en el artículo 9¹¹.

Otros casos de objeción de conciencia llegaron también al Tribunal, que mantuvo su posición esquivada. En *Pichon y Sajous* se trató de la demanda de un grupo de farmacéuticos que se había negado a vender píldoras anticonceptivas en razón de sus creencias religiosas. El Tribunal resolvió que no se estaba frente a una interferencia con las convicciones religiosas, porque los farmacéuticos podían haber continuado manifestando sus creencias religiosas fuera de su ámbito de actuación profesional¹². Es

Tribunal Europeo, *Lang c/Austria*, 19/03/2009.

11 Tribunal Europeo, *Ülke c/Turquía*, 24/01/2006.

12 Tribunal Europeo, *Pichon y Sajous c/Francia*, 02/10/2001, decisión de inadmisibi-

importante hacer notar que, aunque este caso podría haber sido abordado como un supuesto de objeción de conciencia, el Tribunal no mencionó siquiera esta expresión en su decisión.

Por otra parte, hay una serie de casos relativos al ámbito educativo que, aunque han sido abordados por alguna doctrina como casos de objeción de conciencia (por ejemplo Jusdado y Cañamares, 2007) no parece que estrictamente entren en esta calificación. En ellos se alegaba que la educación dispensada por el Estado no era neutral y objetiva y se pedía una exención a su cursado. En los casos de objeción de conciencia, en cambio, no se cuestiona la legitimidad de una norma en sí misma, sino que sólo se pide una excepción en el caso concreto por razones de conciencia. Alguien que pide una excepción al servicio militar no alega que el servicio militar *en sí mismo* sea contrario al Convenio, sino que dice que el Convenio ampara su reclamación de exención concreta por razón de sus convicciones. En cambio, si se alega que la educación que dispensa el Estado no es neutral y objetiva, se dice que esa instrucción viola el Convenio, de modo que la exención será sólo una vía para evitar que el reclamante se vea perjudicado por la violación.

Así, en el caso *Kjeldsen* el Tribunal rechazó el pedido de un grupo de padres de que sus hijos fueran eximidos de las clases de educación sexual, porque consideró que las mismas cumplían con los requisitos de neutralidad y objetividad¹³. Aplicando el mismo razonamiento, se llegó a la conclusión inversa en el caso *Folgerø*. Aquí el Tribunal admitió que existía un derecho a ser eximido de la enseñanza de una asignatura sobre cristianismo y religiones¹⁴. En efecto, el Tribunal señaló que la asignatura no cumplía con el criterio de la educación neutral y objetiva. La excepción no era una objeción puntualmente reconocida frente a una obligación en sí misma legítima, sino la condición necesaria para que la enseñanza de la asignatura no violara los derechos de los reclamantes. A idéntica conclusión se llegó en el caso *Hasan*. Los demandantes pertenecían al grupo de los

lidad.

13 Tribunal Europeo, *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c/Dinamarca*, 07/12/1976.

14 Tribunal Europeo, *Folgerø y otros c/Noruega*, 29/06/2007.

alevitas, una rama minoritaria del Islam, y cuestionaban que las clases de ética y cultura religiosa dadas en las escuelas turcas estuvieran manifiestamente orientadas hacia el Islam sunní. Aunque el sistema educativo turco preveía la posibilidad de una excepción, ésta sólo estaba disponible para cristianos y judíos, que además debían declarar públicamente sus creencias religiosas para poder beneficiarse de ellas. El Tribunal consideró que esta forma de exención era insuficiente a la luz del Convenio¹⁵. Por último, en el caso *Valsamis*, el Tribunal no hizo lugar a la demanda de padres pertenecientes al grupo Testigos de Jehová que buscaban que su hija no participara en un desfile para la conmemoración de una fiesta nacional. El argumento del Tribunal fue que se trataba de una manifestación pacífica, y que por lo tanto no había lesión alguna a las ideas pacifistas que profesaban los padres y que, en cualquier caso, tales conmemoraciones *sirven al interés público*¹⁶.

2.2. El nuevo criterio del Tribunal

En 2010 fue resuelto por la primera instancia del Tribunal el caso de un testigo de Jehová condenado por no realizar el servicio militar. El demandante pedía que se revisara la jurisprudencia existente con el argumento de que la Convención es un *instrumento viviente*. En la primera instancia, el Tribunal, aunque en un sentido general admitió que la Convención es un instrumento que tiene que ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actual, negó que hubiera lugar a revisar la jurisprudencia existente. Para la Sala de primera instancia, el artículo 4 da claramente a cada Parte contratante la elección de reconocer o no la objeción de conciencia al servicio militar, y no es posible apoyarse en el hecho de que la mayoría de las Partes contratantes hayan reconocido este derecho para decir que una Parte contratante que no lo ha reconocido viola el Convenio¹⁷.

Así, el peso del argumento cae sobre todo en el artículo 4, lo que

15 Tribunal Europeo, *Hasan y Eylem Zengin c/Turquía*, 09/10/2007.

16 Tribunal Europeo, *Valsamis c/Grecia*, 18/12/1996.

17 Tribunal Europeo, *Bayatyan c/ Armenia*, 27/10/2009, primera instancia.

parece significar que *mientras exista el artículo 4* no podría encontrarse implícita en el artículo 9 la objeción de conciencia al servicio militar. Sin embargo, esto deja en la incertidumbre el estatuto de la objeción de conciencia en general, y no sólo al servicio militar, en relación con la libertad de conciencia y de religión (Alenda, 2010, 10).

La Gran Sala del Tribunal, interviniendo como instancia de apelación, revirtió el fallo de la primera instancia, y con él todos los antecedentes de la Comisión sobre la materia¹⁸. Los argumentos utilizados fueron varios. En primer lugar, que los trabajos preparatorios de la Convención mostrarían que la única intención del artículo 4 es la de proveer una definición de trabajo forzado, pero que en sí mismo ni reconoce ni excluye el derecho a la objeción de conciencia y por lo tanto no debe tener un efecto limitativo sobre los derechos reconocidos en el artículo 9.

Por otra parte, el Tribunal considera que la interpretación restrictiva del artículo 9 aplicada por la Comisión era el reflejo de las ideas prevalecientes en el momento histórico en el que las decisiones fueron adoptadas. Sin embargo, muchos años han transcurrido desde el primer caso llevado ante la Comisión. Aunque es cierto que el razonamiento de la Comisión fue luego confirmado en otros casos, hay que tener en cuenta que la última decisión es de 1995, y que desde entonces se han producido muchas transformaciones tanto en el plano doméstico de los Estados miembros del Consejo de Europa como en el plano internacional.

En relación con esto, el Tribunal insiste en que la Convención es un instrumento viviente que debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes y de las ideas prevalecientes hoy en los Estados democráticos. El Tribunal hace notar que a finales de los años 80 y en los años 90 hubo una tendencia entre los países europeos hacia el reconocimiento de la objeción de conciencia. Así, cuando se produjeron los hechos que son objeto de consideración por el Tribunal, entre 2002 y 2003, sólo cuatro Estados miembros del Consejo de Europa además de Armenia (que era el Estado demandado) no preveían la posibilidad de la objeción de conciencia. Es más: tres de esos Estados habían reconocido el derecho a la objeción de

18 Tribunal Europeo, *Bayatyan c/ Armenia*, 07/07/2011, Gran Sala.

conciencia en sus Constituciones, aunque no habían aprobado todavía las leyes reglamentarias. Esta situación es prueba de un consenso entre los miembros del Consejo de Europa sobre la cuestión. Incluso el propio Estado demandado reconoció el derecho a la objeción de conciencia con posterioridad a los hechos del caso.

Por todas estas razones, la Corte concluye que la reclamación debe ser considerada sólo bajo el texto del artículo 9 del Convenio, y no bajo este texto en conjunción con el del artículo 4. Dado el consenso existente entre los Estados miembros del Consejo de Europa respecto de la objeción de conciencia al servicio militar, un Estado que todavía no la ha reconocido dispone sólo de un limitado margen de apreciación al respecto. Por ello, debe demostrar que existe una *necesidad social imperiosa* que exige la limitación del derecho reconocido en el artículo 9 de modo de negar la posibilidad de la objeción de conciencia. Esta necesidad no existe ya que, a juicio del Tribunal, la imposición de una pena a quienes se niegan a realizar el servicio militar por razones de conciencia no realiza un equilibrio adecuado entre los intereses de los individuos y los intereses de la sociedad.

Como puede apreciarse, a partir de esta nueva jurisprudencia ya no es posible negar el derecho a la objeción de conciencia como implícito en el artículo 9, es decir, como implícito en la libertad de conciencia y de religión. Desde luego esto no quiere decir que cualquier objeción al cumplimiento de un deber jurídico por motivos de conciencia y de religión deba derivarse necesariamente del artículo 9 del Convenio. La jurisprudencia del Tribunal se refiere a un caso muy concreto: el caso clásico de la objeción de conciencia al servicio militar. Basándose precisamente en el consenso europeo existente respecto de la justicia del reconocimiento de la objeción de conciencia en este tipo de situaciones, se interpreta el artículo 9 de modo de entender implícita en él la objeción de conciencia a la prestación militar.

De hecho, en otros casos posteriores muy semejantes al caso *Bayatyan*

se consolidó el criterio mencionado. En efecto, en *Erçep*¹⁹, *Bukharatyan*²⁰, *Tsaturyan*²¹, *Feti Demirtaş*²², *Savda*²³ y *Tarhan*²⁴ el Tribunal de Estrasburgo abordó la situación de miembros del grupo religioso Testigos de Jehová que habían sido condenados por negarse a cumplir con el servicio militar. En todos ellos, por aplicación del criterio recientemente adoptado, reconoció la existencia de una violación a la libertad religiosa.

En cambio, tratándose de otros deberes jurídicos la situación es mucho más dudosa. Es probable que el Tribunal no esté dispuesto todavía a reconocer la objeción de conciencia en otros ámbitos, respecto de los cuales el consenso es mucho menor. En efecto, a pesar de este cambio de criterio del Tribunal sobre la objeción de conciencia al servicio militar, la posición sigue siendo restrictiva en relación con el reconocimiento de excepciones a normas general por razón de la libertad religiosa.

En el caso *Sessa*, decidido con posterioridad a la segunda sentencia del caso *Bayatyan*, el Tribunal juzgó que no había razón para considerar que hubiese restricción a la libertad religiosa de un abogado de religión judía a quien un tribunal interno había denegado el cambio de la fecha de una audiencia que coincidía con una festividad de su religión. No hay, injerencia, dijo el Tribunal de Estrasburgo, porque la audiencia no impidió al abogado el cumplimiento de sus deberes religiosos y porque, en cualquier caso, el abogado tenía la posibilidad de hacerse reemplazar en esa audiencia por otro profesional. Por otra parte, aun suponiendo que hubiese existido injerencia, ésta estaría justificada por la finalidad de protección de los derechos de terceros (el derecho a una duración razonable del proceso judicial) y sería proporcionada a la finalidad buscada²⁵.

19 Tribunal Europeo, *Erçep c/Turquía*, 22/11/2011.

20 Tribunal Europeo, *Bukharatyan c/Armenia*, 10/01/2012.

21 Tribunal Europeo, *Tsaturyan c/Armenia*, 10/01/2012.

22 Tribunal Europeo, *Feti Demirtaş c/Turquía*, 12/01/2012.

23 Tribunal Europeo, *Savda c/Turquía*, 12/06/2012.

24 Tribunal Europeo, *Tarhan c/Turquía*, 17/07/2012.

25 Tribunal Europeo, *Sessa c/Italia*, 03/04/2012.

3. La jurisprudencia constitucional española

Como ya dijimos, la Constitución española de 1978 recogió en su artículo 16 el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto. Sin embargo, ni este artículo ni ningún otro de la Constitución establecieron una regla general en materia de objeción de conciencia. Ella fue admitida sólo en un ámbito concreto: el del servicio militar. En efecto, la Constitución remitió a una ley que debía regular *con las debidas garantías* la objeción de conciencia, permitiendo imponer una *prestación social sustitutoria* del servicio militar para quienes se acogieran a la objeción (artículo 30).

La objeción de conciencia ha suscitado gran interés de la doctrina jurídica, existiendo muchos trabajos generales al respecto (Martín-Retortillo, 1984; Soriano, 1987; Escobar, 1993; Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 1997), interés que se mantiene al día de hoy, como lo demuestra la continuidad de los estudios en este campo (Navarro-Valls, 2011; De Asís, 2011).

Unos años antes de la Constitución el decreto 3011/76 había regulado ya la objeción de conciencia al servicio militar, permitiéndola por motivos religiosos. Este decreto mantuvo su vigencia hasta algunos años después de entrada en vigor la Constitución. Una sentencia del Tribunal Constitucional del año 1982 vino a aclarar el estatuto de la objeción constitucionalmente prevista y legalmente regulada por el citado decreto²⁶. En primer lugar, se señaló que la objeción de conciencia es un verdadero derecho constitucionalmente reconocido, ya que la Constitución establece un derecho vinculante para todos los poderes públicos y no una mera norma programática cuya efectividad dependa de un acto legislativo posterior. En segundo lugar, se sostuvo que la objeción de conciencia al servicio militar constitucionalmente reconocida es un derecho emanado

26 Tribunal Constitucional: *sentencia 15/1982*. Ver también la Tribunal Constitucional: *sentencia 35/1985* en la que se trató de la objeción de conciencia al servicio militar en situación de reserva, cuestión que fue resuelta por un hecho sobrevenido a la interposición de la demanda por el dictado de la ley que reguló la objeción de conciencia al servicio militar.

de la libertad ideológica y religiosa, y participa entonces del carácter de derecho fundamental de esta última.

Al momento de dictarse la sentencia, como ya se ha dicho, estaba vigente el Decreto 3011/76 que permitía la prórroga de la incorporación a filas, que podía luego desembocar en una exención del servicio militar, por motivos religiosos. Sin embargo, en la mencionada sentencia el Tribunal Constitucional consideró tal regulación como insuficiente a la luz de la situación creada por la Constitución de 1978 porque el decreto sólo contemplaba la objeción por motivos religiosos, cuando el texto constitucional no distingue entre motivos religiosos y motivos éticos.

En una sentencia posterior, el Tribunal Constitucional extrajo una importante consecuencia de esta doctrina. En efecto, el hecho de que la objeción de conciencia estuviera implícitamente reconocida en la libertad ideológica y religiosa quiere también decir, según especificó el Tribunal, que es posible encontrar implícitas en la libertad ideológica y religiosa otras objeciones de conciencia que no tienen cobertura constitucional o legal expresa. En efecto, al tratar del recurso previo de inconstitucionalidad de un proyecto de reforma del Código Penal en materia de aborto se abordó la cuestión de la inexistencia, en el mencionado proyecto, de una norma que permitiera salvaguardar la conciencia de los médicos que quisieran negarse a realizar tal intervención. El Tribunal respondió que no era necesaria una autorización expresa para que el médico fuera eximido de actuar en esas intervenciones, ya que la objeción de conciencia formaba parte del contenido de la libertad ideológica y de conciencia: “cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”²⁷.

Sin embargo, la jurisprudencia dio luego un giro en la materia, consi-

27 Tribunal Constitucional: *sentencia 53/1985*.

derando que la objeción de conciencia no es un derecho fundamental, es decir que no está implícito en el artículo 16. En consecuencia, sólo podrá haber objeción de conciencia cuando el constituyente o el legislador común lo hayan previsto expresamente. Así lo entendió el Tribunal Constitucional al evaluar el recurso de inconstitucionalidad contra la ley que reguló la objeción de conciencia al servicio militar²⁸ y al desestimar, posteriormente, la existencia de un motivo de inconstitucionalidad en la no regulación de la objeción de conciencia sobrevenida²⁹. Sólo se admitió la existencia de una *conexión* del derecho a la objeción de conciencia con el derecho a la libertad ideológica y religiosa.

En otros casos el Tribunal Constitucional se ha ocupado de diversos aspectos de la objeción de conciencia al servicio militar, profundizando en su línea de que la objeción de conciencia no está implícita en la libertad ideológica y religiosa reconocida por la Constitución y que por lo tanto sólo puede ejercitarse cuando haya una habilitación constitucional o legal expresa. Así, ha dicho que dado que la objeción de conciencia a la prestación sustitutoria no está ni constitucional ni legalmente prevista, no hay un derecho a ejercer tal forma de objeción³⁰.

Por la misma razón, el Tribunal Constitucional ha rechazado también diversos pedidos de objeción de conciencia en otros campos, respecto de

28 Tribunal Constitucional: *sentencia 160/1987*. Se trataba de la Ley 48/1984 Reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria. Esta ley fue luego reemplazada por la Ley 22/1998 Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria. Primero la Ley 48/1984 y luego la Ley 22/1998 fueron complementadas por la Ley Orgánica 8/1984 por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal.

29 Tribunal Constitucional: *sentencia 161/1987*. El Tribunal consideró que el hecho de que la Ley 48/1984 no previera la objeción sobrevenida (es decir, la posibilidad de invocar la objeción de conciencia una vez incorporado a las filas) no vulnera derechos constitucionales.

30 Tribunal Constitucional: *sentencia 321/1994*. En otra sentencia se sostuvo que no es desproporcionada la sanción que la Ley Orgánica 8/1984 impone a quienes se niegan a cumplir con esa prestación (Tribunal Constitucional: *sentencia 55/1996*).

los cuales no había habilitación constitucional o legal expresa. Así sucedió con la objeción de conciencia fiscal³¹. También se ha rechazado la posibilidad de invocar la objeción de conciencia a la realización de determinadas prestaciones médicas: una funcionaria de la administración penitenciaria fue sancionada disciplinariamente por negarse a suministrar metadona a los reclusos, como sustitutivo de las drogas de las que eran dependientes. La funcionaria impugnó la sanción por considerar que la desobediencia estaba amparada en razones de conciencia. El Tribunal rechazó el pedido con el argumento de que la sola invocación de la libertad ideológica y religiosa no es suficiente para obtener un reconocimiento genérico del derecho a la objeción de conciencia³².

En época más o menos reciente, la doctrina especializada ha analizado estos casos de objeción de conciencia. El caso de la objeción de conciencia al servicio militar ha perdido interés práctico luego de la supresión de esta institución en 2001³³. En cambio, se ha discutido sobre la objeción de conciencia en el ámbito médico, en particular en relación con la realización de las prácticas de interrupción del embarazo (Cebriá, 2003; 2011; González-Varas, 2010; Aparisi y López, 2009), objeción que tiene hoy recepción legal expresa en la normativa respectiva³⁴. También ha suscitado interés la objeción de conciencia que podrían invocar los farmacéuticos para negarse a proveer ciertos medicamentos (Ortega, 1999; Cebriá, 2011; González-Varas, 2007), existiendo una sentencia del Tribunal Supremo que menciona en *obiter* la cuestión³⁵. Hay que mencionar además los estudios sobre objeción de conciencia en relación con el rechazo a las transfusiones sanguíneas (Ortega, 1999; Ferreiro, 2004; Seoane, 2009).

31 Tribunal Constitucional: *auto* 71/1993.

32 Tribunal Constitucional: *sentencia* 135/2000.

33 Los Reales Decretos 247/2001 y 342/2001, haciendo uso de la habilitación prevista en la Ley 17/1999, suspendieron los deberes de cumplimiento del servicio militar y de la prestación social sustitutoria.

34 Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

35 Tribunal Supremo, *sentencia* de 23/04/2005.

En un ámbito diferente del ámbito médico, es de destacar también el importante debate académico en torno de la posibilidad de objetar, por parte de los padres, que sus hijos reciban determinadas enseñanzas (Ruano, 2008; Martín-Sánchez, 2009). Estas discusiones han tenido lugar en relación con la asignatura denominada *Educación para la ciudadanía*, y han sido saldadas por un conjunto de sentencias del Tribunal Supremo que rechazan la posibilidad de la objeción³⁶.

Volviendo a la jurisprudencia constitucional, en nuestra opinión hay que admitir que por aplicación del aforismo *lex posterior derogat priori*, la jurisprudencia en vigor es la que surge de las sentencias más recientes del Tribunal Constitucional: sólo puede haber objeción de conciencia si existe una habilitación constitucional (en el actual sistema, sólo existente para el servicio militar) o legal expresa. Ahora bien, como se advertirá, aunque esta interpretación restrictiva estaba a tono con la interpretación clásica de Estrasburgo, pueden surgir algunas dudas a partir de la sentencia *Bayatyan*. A esta tensión nos referiremos, a modo de conclusión, en los párrafos finales.

4. Conclusiones

Como hemos visto, en un primer momento el Tribunal Constitucional español afirmó que la objeción de conciencia era un derecho fundamental incluido en la libertad ideológica y religiosa del artículo 16 de la Constitución española. De este modo, quedaba abierta la puerta para que se encontraran implícitas en ese artículo diferentes modalidades de la objeción de conciencia aunque ellas carecieran de cobertura constitucional o legal expresa. El Tribunal Constitucional cambió luego de posición, y sostuvo que la objeción de conciencia no puede encontrarse implícita en el artículo 16. Según este criterio hoy vigente, la posibilidad de reivindicar una objeción de conciencia depende de que ésta esté prevista en la Constitución de forma expresa (como sucede con el servicio militar), o de que el legislador la incorpore al sistema normativo.

36 Tribunal Supremo, *sentencias de 11/02/2009*.

Sin embargo, es también sabido que los derechos humanos previstos en los derechos internos han de interpretarse a la luz de las normas internacionales de derechos humanos. Esta regla está expresamente incorporada a la Constitución española, en su artículo 10.2, que se refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados internacionales en los que España sea parte como criterio interpretativo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución.

Ante esta situación, cabe preguntarse de qué modo afectará el cambio en la jurisprudencia europea a nivel interno español. En principio, podría pensarse que para ajustarse al nuevo criterio establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional debería volver a su criterio primigenio, y admitir que al menos algunas formas de objeción de conciencia están implícitas en el artículo 16 de la Constitución.

Sin embargo, esta solución no es clara. En efecto, si se mira de cerca la sentencia del Tribunal, aunque ésta abre la puerta a encontrar objeciones de conciencia implícitas en el artículo 9 del Convenio, por ahora la única forma de objeción de conciencia implícita que ha señalado es la objeción de conciencia al servicio militar. Y respecto de esta forma de objeción de conciencia no existe conflicto alguno en España: a nivel teórico porque está constitucionalmente reconocida; y a nivel práctico porque no existe ya servicio militar obligatorio en España.

Así, los alcances que pueda tener la jurisprudencia europea sobre la española son inciertos. Si se interpreta el cambio jurisprudencial europeo en su sentido mínimo (*la objeción de conciencia al servicio militar está implícita en la libertad religiosa y de conciencia*), ningún ajuste será necesario en la jurisprudencia española. Si, en cambio, se interpreta el cambio jurisprudencial europeo en su sentido máximo (*algunas formas de objeción de conciencia están implícitas en la libertad religiosa y de conciencia*), es posible que el Tribunal Constitucional deba revisar su jurisprudencia y abrir la puerta a las objeciones conciencia implícitas en el artículo 16 de la Constitución Española. Sin embargo, incluso en este segundo escenario, los resultados son inciertos; porque aunque el Tribunal Constitucional acepte como criterio general que hay objeciones de conciencia implícitas nada lo obliga (por el momento) a admitir como objeción implícita tal o

cual variante concreta de objeción. Esto último podría cambiar si, más adelante, el Tribunal de Estrasburgo admitiera otras formas implícitas de objeción de conciencia.

5. Bibliografía

- Alenda Salinas, Manuel. 2010. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la objeción de conciencia al servicio militar: ¿inmovilismo o falta de cobertura legal? *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 22.
- Aparisi Miralles, Ángela y José López Guzmán. 2009. El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. *Revista de Biomedicina* 4 (1): 50-62.
- Cebriá García, María. 2003. La objeción de conciencia al aborto: su encaje constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho* XXI: 99-121.
- Cebriá García, María. 2011. Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 27.
- De Asís Roig, Rafael. 2011. Libertad ideológica y objeción de conciencia. En *Libertad ideológica y objeción de conciencia*, coordinado por Garrido Gómez, M. I. y M. C. Barranco Avilés, 33-56. Madrid: Dykinson.
- Escobar Roca, Guillermo. 1993. *La objeción de conciencia en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ferreiro Galguera, Juan. 2004. Libertad de conciencia contra legem: criterios del Tribunal Constitucional en materia de transfusiones. *Foro (nueva época)* 00: 121-159.
- Garrido Gómez, María Isabel y María del Carmen Barranco Avilés (editoras). 2011. *Libertad ideológica y objeción de conciencia*. Madrid: Dykinson.
- Gascón, Marina y Luis Prieto. 1989. Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional. *Anuario de Derechos Humanos* 5.
- González-Varas Ibáñez, Alejandro. 2007. La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 15.
- González-Varas Ibáñez, Alejandro. 2010. Aspectos ético-jurídicos de la

- regulación del aborto en España. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 23.
- Jusdado Ruiz–Capillas, Miguel Ángel y Santiago Cañamares Arribas. 2007. La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega. *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 15.
- López Guzmán, José. 2011. *¿Qué es la objeción de conciencia?*. Pamplona: Eunsa.
- Martín–Retortillo Baquer, Lorenzo. 1984. *El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Sistema.
- Martín–Sánchez, Isidoro. 2009. Objeción de conciencia y Educación para la Ciudadanía. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 19: 211–228.
- Navarro–Valls, Rafael y Javier Martínez–Torrón. 1997. *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. Madrid: McGraw Hill.
- Navarro–Valls, Rafael. 2011. *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*. Madrid: Iustel.
- Ortega Gutiérrez, David. 1999. La objeción de conciencia en el ámbito sanitario. *Revista de derecho Político* 45:105–147.
- Peces–Barba Martínez, Gregorio (editor). 1993. *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Ruano Espina, Lourdes. 2008. Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 17.
- Seoane Rodríguez, José Antonio. 2009. El perímetro de la objeción de conciencia médica. *Indret* (Revista para el análisis del Derecho) 4.
- Soriano, Ramón. 1987. La objeción de conciencia: significado, fundamento jurídico y positivación en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Estudios Políticos* 58: 61–110.

Comisión Europea de Derechos Humanos

- A. c/Suiza*, 09/05/1984, decisión de inadmisibilidad.
Autio c/Finlandia, 06/12/1991.

C. c/Reino Unido, 15/12/1983.
Chardonneau c/Francia, 29/06/1992, decisión de inadmisibilidad.
Crespo–Azorín c/España, 17/05/1990, decisión de inadmisibilidad.
G. c/Holanda, 02/03/1987, decisión de inadmisibilidad.
G. Z. c/Austria, 02/04/1973, decisión de inadmisibilidad.
Grandrath c/Alemania Federal, 12/12/1966.
Johansen c/Noruega, 14/10/1985.
Musy c/Suiza, 08/01/1993, decisión de inadmisibilidad.
Objetores de conciencia c/Dinamarca, 07/03/1977.
Olcina Portilla c/España, 14/10/1996, decisión de inadmisibilidad.
X c/Holanda, 14/12/1965.
X c/República Federal de Alemania, 05/07/1977, decisión de inadmisibilidad.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Bayatyan c/ Armenia, 07/07/2011, Gran Sala.
Bayatyan c/ Armenia, 27/10/2009.
Bukharatyan c/Armenia, 10/01/2012.
De Jong, Baljet y Van Den Brink c/Holanda, 22/05/1984.
Duinhof y Duijf c/Holanda, 22/05/1984.
Erçep c/Turquía, 22/11/2011.
Feti Demirtaş c/Turquía, 12/01/2012.
Folgerø y otros c/Noruega, 29/06/2007.
Hasan y Eylem Zengin c/Turquía, 09/10/2007.
Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c/Dinamarca, 07/12/1976.
Lang c/Austria, 19/03/2009.
Löffelmann c/Austria, 12/03/2009.
Pantoulías c/Grecia, 18/01/2007, decisión de inadmisibilidad.
Pichon y Sajous c/Francia, 02/10/2001, decisión de inadmisibilidad.
Savda c/Turquía, 12/06/2012.
Sessa c/Italia, 03/04/2012.
Tarhan c/Turquía, 17/07/2012.
Tsaturyan c/Armenia, 10/01/2012.
Ülke c/Turquía, 24/01/2006.
Valsamis c/Grecia, 18/12/1996.

Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe c/Holanda, 22/05/1984.

Tribunal Constitucional español

Sentencia 15/1982.

Sentencia 35/1985.

Sentencia 53/1985.

Sentencia 160/1987.

Sentencia 161/1987.

Sentencia 321/1994.

Sentencia 55/1996.

Sentencia 135/2000.

Auto 71/1993.

Tribunal Supremo español

Sentencia de 23/04/2005.

Sentencias de 11/02/2009.

Noticia de los autores

Simón Conforti

Estudiante de Abogacía, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). Miembro del Centro de Estudios de Derechos Humanos Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). Becario de entrenamiento en Investigación, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). Miembro de varios proyectos de investigación y participante de Congresos y Coloquios en materia de derechos humanos y derecho internacional, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Argentina) y Universidad de Buenos Aires (Argentina). Algunas de sus publicaciones: “Ataques informáticos – Claves para entender su encuadre a la luz del Derecho Internacional Humanitario”, en “A treinta años de la firma de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales Actas del II Coloquio sobre Derechos Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal”. Emiliano J. Buis y Laura M. Giosa Editores, Azul, 2011, ISSN1853–3264; “La libertad de opinión y expresión en la Observación General Nro. 34 del Comité de Derechos Humanos del PIDCP, en Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Chile, 2012, ISSN 0718–2058; “La responsabilidad internacional del Estado ante leyes que no se aplican efectivamente: la Revisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en coautoría con Renso Sujodolski, “XVI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales”, dirigido por el Dr. Luis Pablo Slavin, Universidad Nacional de Mar del Plata, Septiembre, 2012.

Rodrigo Escobar Gil

Abogado por la Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia). Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid (España). Magistrado de la Corte Constitucional durante el periodo comprendido entre 2001 y 2009, Presidente de la misma Corporación entre febrero de 2007 y febrero de 2008. Director General del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia entre 1992 y 1993. Abogado consultor y apoderado

judicial durante más de dieciséis años, de distintas empresas privadas y entidades del Estado. Profesor universitario en Derecho Administrativo y autor de distintos textos sobre la materia. Actualmente es Comisionado por el período 2010 a 2014 y Relator especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos en Washington, D.C., conjuer de la Corte Constitucional y consultor jurídico.

Ian Henríquez Herrera

Doctor en Derecho y Magíster en Investigación Jurídica por la Universidad de los Andes (Chile). Magíster en Derecho y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Chile. Abogado. Investigador visitante de la George Augusta Universität de Göttingen (Alemania). Becario de la Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología del Estado de Chile y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Ha sido profesor de Antropología Jurídica en la Universidad de Chile y de Filosofía del Derecho en la Universidad de los Andes, casa de estudios esta última en la que se desempeña como docente de pre y post grado y como investigador. Autor de diversos artículos en revistas indexadas y arbitradas, nacionales e internacionales, y en obras colectivas, especialmente en temas de Bioética, Bioderecho, Derechos Humanos y Derecho Civil. Miembro de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social y del Comité Asesor de la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso.

Joaquín A. Mejía R.

Hondureño y español, doctor y maestro en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid (España); candidato a doctor y Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por el Instituto Universitario de Investigación “Ortega y Gasset” adscrito a la Universidad Complutense de Madrid (España). Es autor y coautor de 10 libros sobre temas relacionados con los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. Desde el año 2002 litiga representando a víctimas de violaciones a derechos humanos ante la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, y actualmente es coordinador e investigador del área de derechos

humanos del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación, y Radio Progreso de la Compañía de Jesús en Honduras.

Pablo Contreras V.

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado (Chile). Abogado. Magíster en Gobierno y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado (Chile). Master en Derecho (LL.M.), Mención en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Northwestern University (Estados Unidos). Candidato a Doctor en Derecho (S.J.D.), Northwestern University (Estados Unidos). Profesor de la Universidad Alberto Hurtado (Chile).

Luis Felipe Viveros Montoya

Abogado, Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Master of Laws, American University Washington College of Law, Especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. (Estados Unidos). Director del Centro Jurídico de Derechos Humanos de Antioquia y Fundador del Centro de Promoción de Casos de Impacto en Derechos Humanos de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Abogado senior en Grupo Jurídico de Antioquia, dedicada al litigio de causas de derechos humanos en Colombia. Profesor Derecho Constitucional General: Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Visitante Profesional, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

María José García Ascolani

Directora de Objeción de Conciencia de la Defensoría del Pueblo de Paraguay. Abogada por la Universidad Nacional de Asunción (Paraguay), con experiencia de trabajo en derechos de la niñez y la adolescencia.

Humberto Fernando Cantú Rivera

Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Maestro en Derechos Humanos y Derecho Humanitario por la Universidad Panthéon-Assas Paris II (Francia). Becario de Excelencia de la Embajada de Francia en México, de la Universidad Autónoma de Nuevo León y de la Secretaría de Educación Pública. Doctorando en Derecho

por la Universidad Panthéon-Assas Paris II (Francia). Especialización en el área de responsabilidad empresarial y derechos humanos. Auxiliar jurídico en el despacho Baker & McKenzie (Monterrey, México). Abogado de la Secretaría de Relaciones Exteriores (Monterrey, México). Consultor para la Oficina de Globalización y Derechos Humanos de la Federación Internacional de Derechos Humanos-FIDH (París, Francia). Pasante en la Rama de Procedimientos Especiales de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Ginebra, Suiza). Consultor en Derechos Humanos y Coordinador del Proyecto sobre Responsabilidad Empresarial y Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León (Monterrey, México).

Fernando Arlettaz

Abogado por la Universidad Católica Argentina (Argentina). Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas en la Universidad de Zaragoza (España). Actualmente es investigador del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza. Sus campos de investigación son la Filosofía Jurídica y Política, el Derecho Internacional Público y los Derechos Humanos. Sus investigaciones giran en torno del rol político de los grupos religiosos en las sociedades democráticas, la libertad de conciencia, las migraciones y los derechos de las minorías.

SISTEMA DE SELECCIÓN DE TRABAJOS E INSTRUCCIONES A LOS AUTORES PARA PUBLICAR EN

ridh | REVISTA INTERNACIONAL
DE DERECHOS HUMANOS

Sistema de selección de trabajos

Los trabajos que a juicio del Comité Científico Editorial respondan a la temática de la publicación propuesta y reúnan los requisitos formales previstos, serán enviados para su evaluación a dos miembros del Comité de Evaluación (especialistas en la materia), quienes los juzgarán. Si ambos asesores emiten opinión favorable, se incluirá el trabajo en el plan de publicación. Si las opiniones resultan divergentes, se consultará a un tercer miembro del Comité de Evaluación.

El Comité Científico Editorial se reserva el derecho de realizar invitaciones especiales a personalidades destacadas.

El envío de los trabajos para esta obra implica una autorización de los autores para su publicación en la versión impresa y su permanencia en la publicación en línea por tiempo ilimitado.

Pautas para la presentación de trabajos

Los trabajos deben ser inéditos y referidos a la temática propuesta. Deberán incluir un resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés, y ajustarse a las normas de citación adoptadas por esta publicación. No podrán ser enviados para evaluación a otra publicación mientras dure el proceso de selección.

Tendrán un máximo de 6.000 palabras, incluyendo resumen, *abstract*, palabras clave, *keywords*, notas y bibliografía. El Comité Científico Editorial se reserva el derecho de admitir excepciones en cuanto a la extensión de los trabajos.

Resúmenes

Cada artículo será acompañado de un resumen en español y su traducción al inglés que deberán ser resueltos en un máximo de 150 palabras cada

uno. El resumen es una representación abreviada del contenido de un artículo, del que sólo se menciona la idea y los puntos principales. Debe caracterizarse por su brevedad, exactitud y claridad, evitando la redundancia.

Palabras clave

Se requieren para definir con precisión la temática del artículo con hasta 5 palabras clave (pueden ser un término o un concepto descriptor), separadas por punto y coma, y también deberán traducirse al inglés. Ejemplo de cinco palabras clave: migración; Derechos Humanos; América Latina; desigualdad; Unión Europea. Ejemplo de *Keywords*: migration; Human Rights; Latin America; inequality; European Union.

Normas de citación

Esta publicación ha adoptado la forma concisa dentro del Estilo Chicago de Citación (autor–fecha), la misma se compone de dos partes: la primera es la cita abreviada entre paréntesis en el texto y la segunda, una lista de referencias al final del trabajo.

Recomendamos consultar la lista de los ejemplos más comunes en el sitio web de la revista <www.revistaidh.org.ar>, si se presentara un caso fuera de los ejemplos, puede consultarnos enviando un correo a <contacto@revistaidh.org.ar> o directamente en el sitio web de *Chicago Manual of Style 16th edition*, <www.chicagomanualofstyle.org>.

El criterio principal de esta norma es proveer la información suficiente para guiar al lector hacia las fuentes utilizadas, hayan sido publicadas o no, impresas o electrónicas, e individualizar correctamente a los autores citados.

Deben ser enviados dos archivos adjuntos a <contacto@revistaidh.org.ar> El primero, correspondiente al documento del trabajo y, el segundo, conteniendo los datos personales, de contacto, un currículum abreviado y su filiación institucional. El remitente recibirá una confirmación de la recepción del envío por la misma vía.

Se terminó de componer e imprimir en septiembre de 2013
en Editorial Qellqasqa, Toso 411, San José de Guaymallén
Mendoza, República Argentina. Composición de
María Eugenia Sicilia & Gerardo Patricio Tovar
editorial@qellqasqa.com.ar
www.qellqasqa.com.ar



La impresión de esta edición ha sido realizada con insumos reciclados a partir del procesamiento industrial del la soja (tinta a base de aceite de soja), la banana y el maní (masters a base de papel de cáscara de maní y de banana), esto reduce el impacto ambiental

